

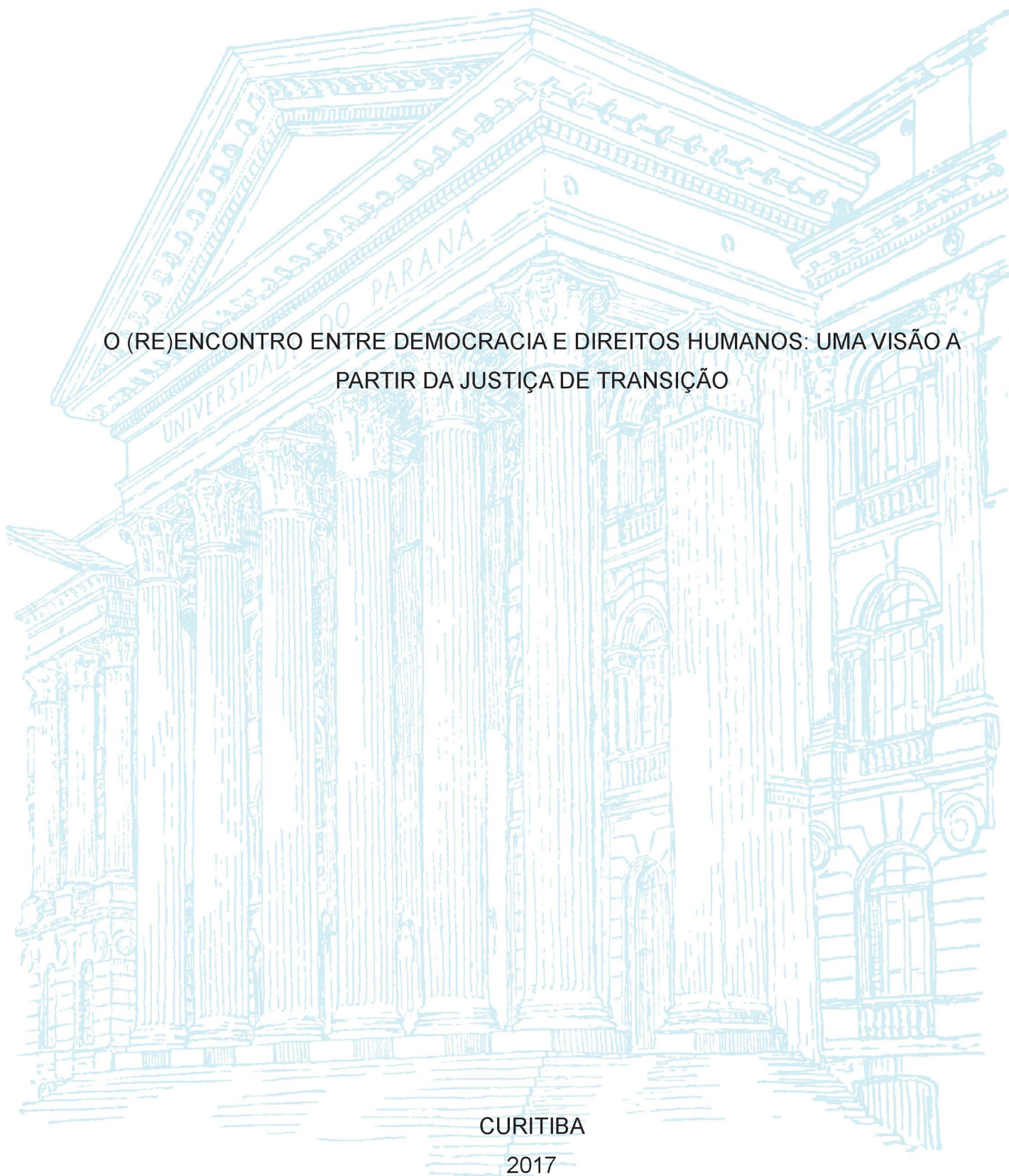
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME OZÓRIO SANTANDER FRANCISCO

O (RE)ENCONTRO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: UMA VISÃO A
PARTIR DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

CURITIBA

2017



GUILHERME OZÓRIO SANTANDER FRANCISCO

O (RE)ENCONTRO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: UMA VISÃO A
PARTIR DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná, Setor de
Ciências Jurídicas, como exigência parcial
para a obtenção do título de Mestre em
Direito do Estado.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki.

CURITIBA

2017

F819r

Francisco, Guilherme Ozório Santander

O (re)encontro entre democracia e direitos humanos: uma visão a partir da justiça de transição / Guilherme Ozório Santander Francisco; orientadora: Katya Kozicki. – Curitiba, 2017.

93 p.

Bibliografia: p. 84-93.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017.

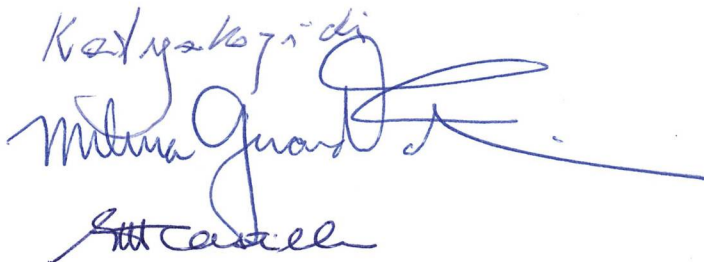
1. Justiça de transição. 2. Direitos humanos. 3. Estado de direito. 4. Democracia. I. Kozicki, Katya. II. Título.

CDU 340.114

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

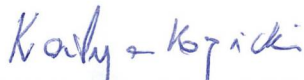
Ata da reunião da Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Guilherme Ozório Santander Francisco**, realizada no dia vinte e três de março de dois mil e dezessete, às dezessete horas.

No dia vinte e três de março do ano de dois mil e dezessete, às dezessete horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Guilherme Ozório Santander Francisco**, sob o título “**O (RE)ENCONTRO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: UMA VISÃO A PARTIR DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**”. Comissão esta constituída pelas Professoras Doutoras Katya Kozicki (Orientadora-Presidente/UFPR), Melina Girardi Fachin (UFPR) e Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UNB) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou a Senhora Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo mestrando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Dissertação, em seguida cada examinador arguirá o mestrando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o mestrando foi argüido sucessivamente pelas Professoras Doutoras Katya Kozicki, Melina Girardi Fachin e Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Em seguida, a Senhora Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Dissertação, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pela Senhora Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Dissertação, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Katya Kozicki, 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos), Melina Girardi Fachin, 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos), Ela Wiecko Volkmer de Castilho, 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos), resultando a média 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pela Senhora Presidente, a qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Eduardo Leo Baran, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.

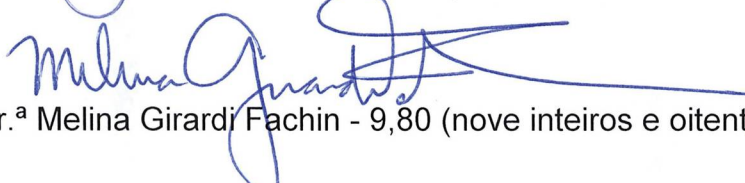


PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Guilherme Ozório Santander Francisco**, sob o título "**O (RE)ENCONTRO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: UMA VISÃO A PARTIR DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**", após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:



Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki - 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos)



Prof.^a Dr.^a Melina Girardi Fachin - 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos)



Prof.^a Dr.^a Ela Wiecko Volkmer de Castilho - 9,80 (nove inteiros e oitenta centésimos)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Guilherme Ozório Santander Francisco**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 23 de março de 2017.

Praça Santos Andrade, 50 – 3º Andar
Tel.:(41)3310-2685 e 3310-2739
www.direito.ufpr.br/ppgd



Em memória de Orlando Santander Francisco.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me proporcionar a realização de meus sonhos, sempre me dando a força e a garra necessárias para encarar os desafios que compõem a minha trajetória. Agradeço à minha mãe, Lourdes Nelsi Ozório, pelos inestimáveis ensinamentos transmitidos, acerca da vida e da educação, ao longo destes 25 anos de existência. Pude contar com o apoio incondicional dos familiares Eduardo Teixeira, Edson Arruda, Fernando Celista, Gerson Burlarmarqui, Isabela Menezes, Karine Folly, Karla Bertelli, Luciano Bertelli, Marcelo Teixeira, Nelcia Aparecida Ozório, Neusa Teixeira, Nelzadir Bertelli, Márcio Wagner e Viviane Menezes. Agradeço especialmente ao meu irmão Orlando Vieira Francisco pelo diálogo travado em meio ao Oceano Atlântico que nos separa – mas apenas geograficamente!

Agradeço à Professora Vera Karam de Chueiri, que gentilmente acolheu, em julho de 2013, o então graduando para participar das atividades do Núcleo Constitucionalismo & Democracia. Em meio aos instigantes estudos realizados sobre a teoria e a filosofia constitucional pude contar com a fraterna companhia dos futuros colegas Miguel Gualano de Godoy, José Arthur Castillo de Macedo, Paula Pessoa Pereira e William Soares Pugliese, os quais foram decisivos na minha decisão de adentrar no universo da Academia, o que motiva este agradecimento especial.

Agradeço à Professora Katya Kozicki, pela orientação recebida, pelo acolhimento no curso, pelas argutas observações pelas valiosas trocas ocorridas nestes dois anos e pelos almoços de quinta-feira no Sale Pepe.

Agradeço à Professora Melina Girardi Fachin, pela constante inspiração, pelas lições repassadas, pelas oportunidades oferecidas ao longo do curso e por proporcionar um rico intercâmbio realizado entre o universo da pós-graduação e da graduação, que traça a marca distintiva do nosso querido Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH).

À Professora Ela Wiecko Wolkmer de Castilho, por ter aceito a oportunidade de julgar este modesto trabalho, pela competente coordenação entre teoria e prática, pela dedicação e trabalho investidos em mais de 40 anos de Ministério Público

Federal, pelo avanço de questões sensíveis como a dos direitos dos povos indígenas, do tráfico de pessoas, da equidade racial e da temática de gênero.

Ao Professor Kendall Thomas, pelas radiantes aulas ministradas sobre o constitucionalismo norte-americano, por meio do projeto “Escola de Altos Estudos” da CAPES, pelos jantares nas redondezas da Santos Andrade, compartilhados na alegre companhia de Letícia Dyniewicz e Sandro Romanelli.

Agradeço ainda aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial, Professora Ana Carla Harmatiuk Mattos, Professor Celso Luiz Ludwig, Professor Luís Fernando Lopes Pereira e ao Professor Ricardo Marcelo Fonseca, nosso Magnífico Reitor.

Agradeço às amigas Ana Carolina Ribas, Ana Paula Luciani, Gabriela Kszan e Giulia Fontana Bolzani, as quais são as melhores companheiras de viagem e de estudos que alguém pode ter!

Aos amigos e colegas feitos ao longo destes dois anos no terceiro andar do Prédio Histórico da Praça Santos Andrade, nº 50, em especial Alessandra Prezepiorski Lemos, André Carias de Araújo, Angelica Furquim, Bruna Nowak, Carolina Chagas, Diego Braga Serpa, Emerson Luís Dal Pozzo, Fernanda Fujiwara, Gabrielle Stricker do Valle, Guilherme Brenner Lucchesi, Luíze Stoeterau Navarro, Lígia Ziggotti de Oliveira, Maurício Azevedo de Araújo, Nikolai Olchanowski, Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho, Pedro Henrique Machado da Luz, Raul Ferreira Belúcio Nogueira, Thaís Lunardi e Thiago Freitas Hansen.

Aos amigos dos tempos de graduação, em especial Amir Lopes, Camille Bianchi, Caroline Wojtecki, Fernanda Costa, Felipe Telles, Hevellin Quintão, Juliana Furlan, Jacqueline Benatto, Josué Temperly, Kelvin Medeiros, Mayara Cortiano, Paulo Ferracioli, Priscilla Ferrarezi, Thaine Kovaleski e Wagner Chequeleiro Cordeiro.

Agradeço à Procuradora da República Paula Cristina Conti Thá e ao Procurador da República Alexandre Melz Nardes pelas oportunidades oferecidas no Ministério Público Federal e pela inspiração para futuramente trilhar na carreira.

Aos meus amigos de Ministério Público Federal, em especial Carlos Gugelmin, Cassiara Coelho Stork, Claudineia Celestino Teixeira, Daniela Maule Balbueno, Fabiano Monteiro Tuoto, Gláucia Correia Pinho Fiori, João Paulo Machado Piratelli, Lúcio Henrique Gomide Mafra Magalhães, Madjer Tarbine,

Marilene Lunardon Gazabin, Nader Mohamed Ahmer, Tassiane Crhistine Keppen Cesario e Rafael Tsuguio Bernhardt Hayashi.

Devo especial agradecimento à Universidade de Brasília, na pessoa do Professor José Geraldo de Sousa Júnior, e à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, na pessoa de Paulo Abrão, pela oportunidade de participar do curso “Introdução Crítica à Justiça de Transição” vinculado ao seminal projeto “Direito Achado na Rua”.

Dirijo também meus agradecimentos aos Professores Alexandre Bernardino Costa, Cláudia Rosane Roesler e Menelick de Carvalho Netto da Universidade de Brasília, à Professora Juliana Neuenschwander Magalhães da Universidade Federal do Rio de Janeiro e ao Professor Raffaele de Giorgi da Universidade de Salento, pela oportunidade de apresentar parte da pesquisa na terceira missão do “PROCAD – Direitos, Justiça e Interculturalidade nas Fases de Transição”, realizado na prestigiosa Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Devo agradecimentos ainda ao Procurador da República Antônio do Passo Cabral, pela gentileza em me auxiliar e prestar informações sobre o funcionamento do Grupo de Trabalho “Justiça de Transição”, vinculado à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

A todos que fizeram parte deste projeto, muito obrigado!

"Laws and principles are not for the times when there is no temptation: they are for such moments as this, when body and soul rise in mutiny against their rigour... If at my convenience I might break them, what would be their worth?"

Jane Eyre

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema de estudo os processos de transição entre o autoritarismo e a democracia ocorridos na América Latina no final do século XX, enfatizando a questão de um *accountability* com o passado marcado por abusos e esvaziamento da proteção aos indivíduos. A pesquisa almeja compreender as bases filosóficas e políticas em que se assenta a ideia de justiça de transição, através de uma revisão acerca de seus conceitos fundantes, em busca de um núcleo essencial em que deve se pautar a passagem para o Estado Democrático de Direito. Esta proposta visa abordar analiticamente as experiências visualizadas na América Latina, bem como luta pela consolidação do constitucionalismo em meio ao debate travado entre a anistia incondicional em nome da reconciliação nacional e a perseguição pela justiça em suas diversas esferas, notadamente na esfera penal. A temática da justiça de transição pretende oferecer parâmetros para consolidar a ruptura das novas democracias com as experiências ditatoriais de outrora não apenas sob um viés político, mas também sob um viés normativo, entregando ao Direito um papel de mediação entre o período de exceção e do império da *rule of law*. Para cumprir esta tarefa de transformação social, a justiça de transição assenta-se em quatro pilares que devem ser observados em todos os processos de reconstrução do Estado Democrático de Direito, representados pelos deveres de memória e verdade, de reparação às vítimas, de punição dos agentes da repressão e de promover garantias de não repetição.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de transição; Políticas pós-conflito; Direitos humanos; Democracia; Estado de Direito.

ABSTRACT

This research subject deals with the shift between authoritarianism and democracy at the end of the 20th Century in Latin America, with special emphasis on the accountability in a past rigged with abuse and disregard for individual rights. This research aims to comprehend the philosophical and political bases on which transitional justice take place through a revision of its main concepts, seeking some sort of essential nucleus to serve as basis to the shift to a state based on the Rule of Law. This proposal aims to analyse the experiences in Latin America and to support the consolidation of constitutionalism amidst debates focused on the unconditional amnesty for the sake of national reconciliation and the pursuit of justice for the past misdeeds, specially on the criminal branch. The transitional justice offers parameters to consolidate the turning point from dictatorial experiences to democracy-based governments, not only through a political focus but also from a legal point of view, with focus on the mediation between state of exception and a State based on the Rule of Law. To effectively deliver its task of social transformation, transitional justice is based on four main pillars, all of which must be taken into account when reconstructing a State based on the Rule of Law. Said pillars are the duty to preserve memory and truth, to compensate the victims of the old regime, to punish the perpetrators of the old regime and to make sure such abuses remain a thing of the past.

KEYWORDS: Transitional justice; Postconflict politics; Human rights; Democracy; Rule of law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACNUR – Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advogado-Geral da União ou Advocacia-Geral da União
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CICV – Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CNV – Comissão Nacional da Verdade
ONU – Organização das Nações Unidas
STF – Supremo Tribunal Federal
TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. AS BASES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO MARCO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	4
1.1 A GENEALOGIA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	6
1.2 DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: DA EXPRESSÃO INDIVIDUAL À NECESSÁRIA INSTITUCIONALIZAÇÃO	20
1.3 O EIXO DAS REPARAÇÕES E A POLÍTICA DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL	29
 2. O COMBATE AO MAL RADICAL NO CONE SUL: O EIXO DA JUSTIÇA PENAL NA TEORIA E NA PRÁTICA	 34
2.1 O CASO ARGENTINO: UMA LIÇÃO DE SUCESSO	36
2.2 A EXPERIÊNCIA CHILENA E O EFEITO PINOCHET	41
2.3 A ADPF nº 153 E O BLOQUEIO DA JUSTIÇA PENAL NO BRASIL	46
2.4 AS REAÇÕES CONTRÁRIAS À ADPF 153.....	52
 3. GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO E A PROMESSA DE UM NOVO HORIZONTE	 61
3.1 GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	62
3.2 GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO NO BRASIL.....	70
3.3 DIÁLOGOS ENTRE ORDENS JURÍDICAS E A RENOVADA MISSÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge na esteira de investigações que se propõem a fazer análises críticas sobre o modelo transicional brasileiro, referente à ruptura com o regime de exceção que vigeu de 1964 a 1985. Compreender a realidade pátria à luz dos parâmetros internacionais que regem a matéria, bem como em relação a outras experiências em nações que padeceram de rupturas semelhantes, pode revelar-se um desafio quando se examina a transição brasileira em sua feição tipicamente negociada. A par das investigações carreadas no terreno da Ciência Política e da História, o Direito tem-se debruçado apenas recentemente com o tema da ditadura militar que aqui se instalou, sobretudo em relação ao seu legado e suas heranças que chegam até a tenra democracia por meio de práticas que não se coadunam com o espírito do Estado de Direito que se visualiza a partir de 1988.

A imagem rousseniana da democracia¹, consubstanciada no primado da vontade geral, cede espaço a uma arena difusa, onde os interesses dos indivíduos são variados e, muitas vezes, conflitivos entre si. Por outro lado, os direitos humanos saem do manto protetivo estatal para serem resguardados também a nível internacional por diferentes procedimentos permeados de nuances e especificidades, de modo a salvaguardar a pessoa humana em todos os cenários de abusos e violações que lhe acometem. Neste novo paradigma, tanto a democracia quanto os direitos humanos se caracterizam por seu pluralismo, demarcando um possível encerramento entre a tensão existente entre poder e direito².

Em uma era que em que o estado de exceção se assume cada vez mais como o paradigma dominante de governo na política contemporânea³, a democracia e os direitos humanos, nesta acepção relacional, são apreendidas como ideias frágeis que se sustentam apenas com uma condição favorável à proteção do valor intrínseco da pessoa humana e todo o acervo axiológico que dela se desdobra.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: L&PM, 2007. p. 55.

² “A democracia como pluralismo; a democracia como instrumento de seleção e de recâmbio da classe política; a democracia como trâmite da participação política dos sujeitos: é esta a democracia (apenas ilusoriamente simples, mas na realidade, multifacetada e plural) que parece fundir-se com o constitucionalismo, assinalando o fim da tensão entre poder e direito.” (COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 265).

³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

A justiça de transição, entendida como “o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado abusos cometidos no passado”, os quais devem assegurar “que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação”⁴, torna-se o fio condutor que visa promover o (re)encontro entre a democracia e os direitos em uma visão articulada.

Portanto, este trabalho se situa nesta nova compreensão que se tem sobre a relação entre direitos humanos e democracia, vista sob o prisma da justiça de transição, de modo a transformar certas práticas que tendem a minar o potencial do Estado de Direito, verificados em três tempos distintos, quais sejam: passado, presente e futuro.

No capítulo inaugural são explicitadas as bases teóricas que assentam a justiça de transição, fazendo a necessária contextualização com os diversos acontecimentos políticos que fundamentam novas formas de se conceber a prevenção e a repressão de graves violações aos direitos humanos, sobretudo na temática das sociedades pós-conflito. O capítulo pretende demonstrar, a partir da nova postura teórica assumida pelo projeto da justiça de transição, os eixos estruturantes desta abordagem, consubstanciados no direito à memória e à verdade, nas reparações às vítimas, nas perseguições penais em face dos agentes da repressão e, por fim, nas garantias de não-repetição. Dada a maior repercussão que os dois últimos eixos exercem sobre a promoção dos direitos humanos e da democracia em contextos pós-conflito.

O segundo capítulo realiza a revisão bibliográfica sobre as diversas experiências verificadas no Cone Sul acerca da condução de julgamentos penais pelos regimes encarregados de promover a transição, demonstrando a importante função que tais julgamentos desempenham na promoção dos direitos humanos, bem como a refutação da hipótese de que a existência de perseguições penais acarreta riscos ao processo democrático. O estudo de casos se faz acompanhado por uma digressão teórica acerca da noção de crimes contra a humanidade e o regime jurídico que acompanha este conceito, fundando toda a compreensão acerca do eixo da justiça

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretario Geral S/2004/616. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, 2009, n.1, p. 325.

penal, viabilizando sua realização pela atuação de cortes nacionais ou internacionais.

Em razão do grande impacto que exerceu sobre a questão transicional no Brasil, mormente na consecução do pilar da justiça penal, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, pelo Supremo Tribunal Federal, ganhará especial relevo neste ponto do trabalho. Além da exposição dos principais argumentos utilizados pelos ministros, a decisão será posta à prova frente a diversos elementos oriundos de pesquisas acadêmicas, da posição assumida no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e da atuação do Ministério Público Federal. A hipótese que se avança é no sentido de que esta reação conjunta coloca em xeque as principais premissas em que se assentam o julgado da Suprema Corte, a qual constituiria um verdadeiro entrave no prosseguimento das políticas carreadas no plano da justiça transicional.

O terceiro capítulo introduz a noção de garantias de não-repetição, desvinculando-a do regime geral de reparações e compensações por graves violações de direitos humanos, de modo a melhor explicitar a interseccionalidade existente entre a promoção dos direitos humanos e o fortalecimento da democracia. A partir de um exame das principais medidas que devem ser adotadas pelo Estado com o fim de prevenir futuros abusos por ação ou omissão de agentes públicos, verificar-se-á como o projeto da justiça de transição não se destina apenas ao passado, mas também se mostra capaz de modificar o presente e o futuro, notabilizando-se por sua potência que acaba por se sobrepor às temporalidades. Assim como nos capítulos precedentes, serão examinadas diversas iniciativas cunhadas por sistemas internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos, explicitando o caráter transconstitucional que a questão da transição possui. Por fim, mostra-se como as garantias de não-repetição se inserem no debate sobre o renovado papel que o constitucionalismo possui, apontando dificuldades na leitura meramente normativa que ainda caracteriza o desenho de novas cartas políticas.

1. AS BASES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO MARCO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Words fail to tell a tale too exotic to be told
(“A Night in Tunisia” de Cole Porter).

A genealogia da justiça de transição, enquanto projeto destinado à (re)introduzir e garantir uma sociedade democrática em uma perspectiva substantiva⁵, não pode ser traçada sem a necessária referência ao fenômeno da proteção internacional dos direitos humanos. Com efeito, pode-se inferir que o surgimento da justiça de transição e do Direito Internacional de Direitos Humanos se dão de forma relacionada, em especial pelas condições sociopolíticas que justificaram a guinada teórica atinente à melhor justificação da tutela do ser humano e do Estado Democrático de Direito.

Esta relação intrínseca não exclui a interseccionalidade da justiça de transição com outras vertentes da proteção da pessoa humana como o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶. Da mesma forma, o domínio do Direito Internacional Penal também se faz presente no estudo da temática, mormente em relação à função retributiva exercida pela justiça penal na repressão à prática dos chamados “crimes contra a humanidade”⁷.

⁵ Cuida-se aqui da distinção trabalhada por Ronald Dworkin ao tratar das concepções procedimental e constitucional – também chamada de substantiva – de democracia. Enquanto a primeira se exprime por uma noção estatística, percebida por meio da tomada de decisões políticas espelhadas de acordo com os votos dos cidadãos singularmente considerados, a outra concepção compartilha da noção de decisões tomadas pela comunidade política por meio de uma ação coletiva exercida em nome do Povo, este concebido como entidade distinta dos indivíduos. *Vide*: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the american Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 20.

⁶ Em relação às três vertentes de proteção da pessoa humana, Antônio Augusto Cançado Trindade assinala a passagem da compartimentalização à interação entre estes ramos. Deste modo, visualizam-se convergências tanto no plano normativo ou substantivo, atinente às normas aplicáveis aos indivíduos necessitados de proteção, quanto no plano operacional, alusivo às agências e instituições responsáveis pelo cumprimento de deveres de proteção inscritos em tratados e convenções internacionais, como a Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e o Comitê internacional da Cruz Vermelha (CICV). *Vide*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos: vol. I*. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003. p. 339-345.

⁷ Acerca da evolução da noção de crimes contra a humanidade no Direito Internacional Penal, cf. BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Esta construção será retomada no Capítulo 2, ao se referir ao necessário processamento e julgamento de tais crimes em países envoltos em políticas pós-conflito.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge com o fracasso do paradigma da proteção da pessoa humana considerada apenas no plano nacional, perceptível sobremaneira pela ascensão dos regimes nazifascistas na Europa, inaugurando uma escala de horror e terror até então nunca vista. Neste cenário em que diversos grupos vulneráveis foram excluídos do âmbito protetivo das normas definidoras de direitos fundamentais, como judeus, *romani*, dissidentes políticos, *displaced persons*, fez-se necessária a reconstrução da noção de direitos humanos, visando garantir a proteção integral da pessoa humana, independentemente de seu *status* na esfera estatal⁸.

No marco da internacionalização dos direitos humanos, diversas iniciativas consolidam este momento de modo a marcar uma verdadeira quebra de paradigma e forjar uma nova arquitetura destinada a proteger o indivíduo onde quer que esteja, tornando-se absolutamente impertinente atrelar esta proteção a um *status* de nacional ou de cidadão de determinada localidade.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 se insere nesse contexto, sendo concebida tanto como uma resposta imediata aos excessos do Pós-Guerra, quanto responsável por estabelecer e manter a paz mundial a longo prazo. A organização passa a assumir a dianteira na condução dos novos assuntos que compõem a agenda internacional, tais como a coexistência pacífica entre os Estados, a busca por novas formas de cooperação nos campos econômico e social, e a promoção universal dos direitos humanos⁹.

Movendo-se nesse espírito, a ONU aprova em 10 de dezembro de 1948, por meio de sua Assembleia Geral, a Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁰. Não obstante seu caráter de *soft law*, isto é, não cogente, sua importância é primordial no estabelecimento de novos instrumentos a nível global que se predestinariam a angariar maior proteção ao ser humano, como o Pacto Internacional dos Direitos

⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 185-201.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 203.

¹⁰ Para uma análise profunda do processo de edição da Declaração dos Direitos Humanos, incluindo diversas versões preliminares e debates que se seguiram até a redação final, v. GLENDON, Mary Ann. **A world made new**: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights. New York: Random House, 2001.

Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 1966¹¹.

É com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que surge a chamada “concepção contemporânea de direitos humanos”, exposta nos seguintes termos por Flávia Piovesan:

Nesse cenário, a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais¹².

É neste momento em que as bases da justiça de transição começam a se desenhar e posteriormente se alicerçam nos novos regimes de proteção que vão se formando a nível regional e local, além dos novos mecanismos que surgem no âmbito global de proteção aos direitos humanos.

1.1 A GENEALOGIA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Muito embora o fenômeno do estudo de políticas implementadas em cenários de sociedades pós-conflito não seja recente, a expressão “justiça de transição” (*transitional justice*) foi cunhada apenas no início da década de 90. Até o surgimento da nova designação, o campo de estudo era circunscrito à chamada “transitologia”. Sob esta designação, a temática era estudada pela Ciência Política por meio da chamada “teoria das elites”¹³, cuja literatura procurava enfatizar os riscos e

¹¹ Os dois pactos, somados com a Declaração Universal, formam a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos” (*International Bill of Rights*), haja vista que representam o núcleo substantivo do regime global de proteção dos direitos humanos, cf. ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human rights: texts and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 59-60.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

¹³ Em síntese, a teoria das elites avança a ideia de que os processos políticos são conduzidos por uma minoria dirigente, responsável pela tomada de decisões na arena pública, em contraste à grande

problemas que os “processos de responsabilização de membros do antigo regime implicavam para a estabilidade democrática, especialmente em transições pactuadas, em que a democracia emergente incorpora quadros do antigo regime nas novas estruturas”¹⁴.

A mudança de perspectiva é visualizada a partir de uma conferência dada em 1992 pela professora argentina Ruti Teitel¹⁵, a qual foi posteriormente desenvolvida em artigos acadêmicos e em uma obra homônima lançada no ano de 2000¹⁶. Nesta nova abordagem, o foco volta-se ao papel do direito na condução do processo transicional que se opera entre a falência de um regime autocrático em direção ao ideário do governo democrático e do Estado de Direito.

De modo a sinalizar como a noção de justiça de transição se projeta na política internacional da segunda metade do século XX, Teitel esboça uma genealogia do novo marco, dividindo-a em três fases¹⁷.

A primeira fase engloba o modelo de justiça visualizado a partir do final da Segunda Guerra Mundial, em um momento que as estratégias empregadas no período entreguerras mostraram-se inadequadas para conter as ameaças do totalitarismo. Em um primeiro passo, a instauração de perseguições penais em tribunais localizados a nível nacional mostrou-se inapropriada, já que tal medida não se mostrou eficaz no contexto da repressão aos crimes praticados durante a Primeira Guerra Mundial. Uma segunda reflexão adveio da inaptidão das sanções econômicas que foram impostas ao Estado alemão ao final do primeiro conflito, o que acabou por instigar a emergência de um sentimento revanchista no discurso político alemão, capitaneado sobretudo pelo nazismo. Deste modo, a saída centrou-se não mais em uma sanção de caráter coletivo, mas focada na responsabilidade individual dos autores envolvidos em graves violações do Direito Internacional¹⁸.

maioria que se mostra alijada dos procedimentos decisórios. Para uma apreciação da literatura pátria existente sobre o tema, cf. HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Teoria das elites**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; PERISSINOTTO, Renato. **As elites políticas**: questões de teoria e método. Curitiba: IBPEX, 2009.

¹⁴ TORELLY, Marcelo. Justiça de transição – origens e conceito. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição. Brasília: UnB, 2015. p. 147.

¹⁵ QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição**: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões, 2013. p. 124

¹⁶ TEITEL, Ruti. **Transitional justice**. Nova York: Oxford University Press, 2000.

¹⁷ TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, 2003, p. 69-94. Disponível em: <<http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁸ TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, 2003, p. 72-73. Disponível em: <[http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-](http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf)

Partindo de tais ponderações, as potências aliadas – Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética –, consolidaram a ideia de levar adiante a responsabilização dos agentes alemães por meio da subscrição dos Acordos de Londres. Tais compromissos, assinados em 8 de agosto de 1945, previram a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cujo competência foi delineada por de seu Estatuto, aprovado em 6 de outubro do mesmo ano¹⁹. Nos termos do Artigo 6º do Estatuto, as acusações que seriam formuladas poderiam integrar três classes de crimes internacionais:

“(...) são crimes submetidos à jurisdição do Tribunal e levam a uma responsabilidade individual:

a) os crimes contra a paz: isto é, a direção, a preparação, o desencadeamento ou a continuidade de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violando tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação em um plano orquestrado ou um complô para o cumprimento de qualquer um dos atos anteriores;

b) os crimes de guerra: isto é, as violações das leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, entre outras, o assassinato, os maus tratos dos prisioneiros de guerra ou das pessoas no mar, a execução dos reféns, a pilhagem dos bens públicos ou privados, a destruição sem motivo das cidades e dos vilarejos ou a devastação que não se justifiquem pelas exigências militares;

c) os crimes contra a humanidade: isto é, o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, que tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do tribunal, ou estejam vinculados a esse crime”.

Apartadas as duas primeiras categorias, a classe dos “crimes contra a humanidade” consistiu em uma inovação diante de outras fontes normativas, de forma que os redatores do Estatuto originariamente procuraram limitar o escopo da previsão aos eventos da Segunda Guerra, não imaginando que tal categoria pudesse integrar futuramente o corpo normativo do Direito Internacional Penal²⁰.

[institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf](#)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁹ CRETILLA NETO, José. Curso de direito internacional penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

²⁰ “At Nuremberg, for the first time, the right of the international community was proclaimed to lift the veil of state sovereignty and to interfere in the relationship between the State and its citizens when it is the state that systematically tramples upon their basic human rights. This was an unexpected revolution. True, the drafters of the Nuremberg Charter carefully tried to confine the notion of crimes against humanity to the historical events of World War II, to avoid future interferences by the international community in their internal affairs as regards the treatment of their citizens.” (GAETA, Paola. **International**

Ao final do primeiro julgamento, ocorrido em 1 de outubro de 1946, destinado a apurar a responsabilidade das principais lideranças do Terceiro Reich, foram condenados 20 dos 24 acusados, atribuindo-lhes penas que variaram entre reclusão de 10 anos e a pena de morte²¹. Após, seguiram-se os julgamentos de outros indivíduos que colaboraram com os crimes cometidos pelo regime nazista, como médico, juízes e demais membros das Forças Armadas, de modo que o Tribunal encerrou suas atividades em 1949 após ter julgado 489 casos envolvendo 1672 acusados, dos quais foram condenados 1416 agentes²².

Diversas críticas foram erigidas ao Tribunal, sobretudo no que diz respeito ao argumento de que as atividades da corte fizeram valer uma “justiça dos vencedores”, desconsiderando-se eventuais violações ao Direito Internacional que os Aliados pudessem ter cometido. Tal atuação, segundo a crítica, motivou a seletividade da justiça internacional na condução de graves violações de direitos humanos cometidas nos conflitos armados travados no Vietnã e no Iraque²³.

Em que pesem as críticas sobre a legitimidade e as próprias circunstâncias relativas à criação do tribunal, faz-se necessário contemporizar o legado dos Julgamentos de Nuremberg no que tange à proteção internacional da pessoa humana e seus direitos. Segundo Norbert Ehrenfreund, a importância de Nuremberg pode ser sintetizada na instituição da responsabilidade penal individual em relação à crimes internacionais, bem como por ter cunhado a noção de crimes contra a humanidade²⁴. No mesmo sentido, Flávia Piovesan destaca o trabalho do Tribunal de Nuremberg ao classificá-lo como um dos “precedentes do processo de justicialização dos direitos humanos na ordem internacional”²⁵.

A segunda fase da gênese da justiça de transição se situa ao final do período chamado de “Guerra Fria”, era marcada pela divisão ideológica existente no plano

criminalization of prohibited conduct. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 68).

²¹ CASSESE, Antonio. **Nuremberg International Military Tribunal.** In: _____. (Org.). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 442-443.

²² SCHULTE, Jan Erik. The SS as the “alibi of a nation”? Narrative continuities from the Nuremberg trials to the 1960s. In: PIRMELE, Kim C; STILLE, Alexa (Org.). **Reassessing the Nuremberg Military Tribunals: transitional justice, trial narratives and historiography.** Nova York: Berghahn Books, 2012. p. 134-135.

²³ ZOLO, Danilo. **La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad.** Roma: Laterza, 2006. p. 140-167.

²⁴ EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg legacy: how the Nazi war crimes trials changed the course of history.** Nova York: Palgrave Macmillan, 2007. p. 121 e 130.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

da política mundial, capitaneada por um lado pelo liberalismo, simbolizado pelos Estados Unidos da América, e por outro pelo socialismo, representado pela União Soviética. Na década de 80, a geopolítica sofre uma drástica mudança com a queda dos regimes que constituíam a chamada “Cortina de Ferro”, que abarcava diversos países do Leste Europeu, alinhados com a política traçada em Moscou. De igual maneira, diversas nações situadas na América Latina, como Argentina, Chile, Guatemala e até mesmo o Brasil, abandonam o autoritarismo de direita, caracterizado por uma intensa repressão aos ideários comunistas e doutrinas de semelhante teor político²⁶.

Como destaca Teitel, o primeiro desafio na condução da transição destes regimes dizia respeito à necessidade de aderência ao padrão inaugurado por Nuremberg, que constitui a primeira fase da justiça de transição. A primeira nação a traçar uma perspectiva diferenciada para a problemática foi a Argentina, que procurou de forma clara afastar a incidência da influência da justiça do Pós-Guerra, clamando por julgamentos penais na esfera doméstica²⁷. No entanto, em que pese a ausência de formulação persecuções penais perante instâncias internacionais, o Direito Internacional exerceu um papel construtivo na condução ao *rule of law* por meio de julgamentos no âmbito interno, utilizando os conceitos e as noções estabelecidas na primeira fase da genealogia. As normas internacionais serviriam então como baliza para a edificação do Estado de Direito, consistindo em um modelo a ser seguido para preservar a continuidade e a consistência do regime democrático.

No período ora em exame, a interação entre Direito Internacional e direito interno também se torna perceptível por meio da criação e atuação dos chamados sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. A pioneira iniciativa deste novo mecanismo é visualizada na Europa, a partir de 1950, ano de adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual entraria em vigor em 1953. Tal convenção previa direitos civis e políticos aos indivíduos situados no continente europeu, mediante a ratificação do tratado por seus respectivos Estados, os quais

²⁶ FERNANDES, Florestan. **Poder e contrapoder na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

²⁷ TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, 2003, p. 75. Disponível em: <<http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,697310,en.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

seriam essencialmente tutelados por meio da ação desempenhada por dois novos órgãos: a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos²⁸.

De forma sintética, originalmente a tutela era realizada por meio do envio de petições individuais – ou, mais raramente, pelos Estados-partes – que narravam fatos que conteriam violações aos direitos humanos protegidos na Convenção Europeia. A primeira análise fica a cargo da Comissão em uma fase chamada de admissibilidade, consistente na aferição dos requisitos básicos para que o caso em questão pudesse ser conhecido por esta instância internacional. Tais requisitos, consoante análise da redação originária²⁹ dos artigos 34 e 35 da Convenção, consistiam no esgotamento prévio dos recursos internos³⁰, devendo a comunicação à Comissão ser dirigida em até seis meses após a decisão definitiva proferida na jurisdição interna. Ainda, a petição não poderia ser firmada anonimamente, tampouco poderia reproduzir demanda idêntica já examinada pelo órgão ou pendente de apreciação perante outra instância internacional – a denominada litispendência internacional.

Superado este estágio, passa-se à análise do mérito da demanda, isto é, os fatos veiculados na petição são examinados a fim de verificar se os direitos previstos na Convenção foram violados por uma ação estatal. Não obstante a Comissão Europeia fosse encarregada de realizar um exame preliminar acerca do mérito, a resolução final das questões controvertidas ficaria sob responsabilidade da Corte, mediante a instauração de um processo dialético entre a Comissão e o Estado demandado. Ao final do procedimento, seria definido se o Estado seria ou não

²⁸ “Apesar de conter um expressivo rol de direitos humanos, notadamente civis e políticos, deve-se reconhecer que a originalidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos residiu justamente no mecanismo coletivo de proteção aos direitos humanos, que se baseava na existência de um órgão de investigação e conciliação (Comissão Europeia de Direitos Humanos, existente até novembro de 1998), além de um órgão político de aferimento da responsabilização (Conselho de Ministros do Conselho da Europa) e de um órgão judicial de responsabilização dos Estados (a Corte Europeia de Direitos Humanos). Essa originalidade explica-se pelo desejo dos Estados europeus ocidentais de realçar a diferença com o bloco soviético: não apenas criaram um tratado de direitos humanos, mas se submeteram ao crivo de órgãos internacionais independentes (a Comissão e a Corte europeias).” (RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 163-164).

²⁹ A partir da edição do Protocolo Adicional nº 11 de 1998 à Convenção Europeia, o procedimento bifásico foi reformulado, de forma que a Corte passou a concentrar tanto a análise da admissibilidade quanto do mérito das petições encaminhadas ao sistema. Acerca da aludida reforma, cf. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 164; SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 901.

³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

responsável internacionalmente pela violação dos direitos humanos veiculados na comunicação, condenando-o para que promovesse as devidas reparações às vítimas. A supervisão do cumprimento do dispositivo da sentença da Corte é aferida, no sistema europeu, por meio do chamado Conselho de Ministros³¹.

No período que compreende a segunda fase, observou-se a forte atuação do mecanismo regional europeu na averiguação e investigação de fatos que constituíam graves violações de direitos humanos, ocorridos em localidades que não se encontravam sob a égide do Estado Democrático de Direito. Tomando como exemplo o caso da Grécia, que sofreu um golpe de Estado em 1967 orquestrado pelas Forças Armadas, Kathryn Sikkink anota a iniciativa tomada por Noruega, Holanda, Dinamarca e Suécia em comunicar diversas violações que foram cometidas em solo grego por meio de uma petição interestatal à Comissão Europeia de Direitos Humanos, protocolada em 1968. Posteriormente, com a edição de um relatório apresentado pela Anistia Internacional, os Estados escandinavos aditaram a comunicação para constar novos fatos que constituíam crime de tortura³².

Ao final, após uma série de audiências, a Comissão Europeia concluiu pela responsabilidade do Estado grego por diversas violações de direitos humanos protegidos pela Convenção Europeia, em especial pela falha na investigação de atos que constituíam tortura e tratamento desumano, cruel e degradante³³. O relatório produzido pela Comissão seria amplamente utilizado nos julgamentos penais que seguiram a derrocada do regime e o retorno da democracia na Grécia, em cotejo com outros documentos produzidos por órgãos regionais como o Conselho da Europa, bem como por organizações não-governamentais³⁴.

Semelhante orientação é observada nas situações que envolviam regimes autocráticos no Cone Sul, mediante a atuação do sistema interamericano de

³¹ LAMBERT, Elisabeth. La pratique recente de réparation des violations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, v. 11, n. 42, abr/2000, p. 199-227.

³² SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 37-38.

³³ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 39-40; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**: vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 148-149.

³⁴ Sobre o papel das organizações não-governamentais e sua atuação nos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, cf. STEINER, Henry J. **Diverse partners**: non-governmental organization in the human rights movement. Cambridge: Harvard Law School Human Rights Program, 1991.

proteção aos direitos humanos. O referido mecanismo regional, originariamente responsável pela observância das disposições constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³⁵, posteriormente complementado pela entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, recebeu diversas comunicações que relatavam violações aos direitos previstos nestes diplomas, ocorridas em países comandados por regimes militares.

Reproduzindo o antigo modelo europeu, composto de duas etapas a cargo de órgãos distintos, o sistema interamericano foi acionado por diversas entidades para que averiguasse os fatos que envolveram o regime militar brasileiro, sobretudo na época em que a repressão atingiu o seu ápice, por meio da suspensão de direitos e garantias fundamentais e a prática sistemática de tortura, dentre outras graves violações de direitos humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após três anos realizando exame acerca dos fatos investigados, considerou que eram veementes as presunções de que o Estado brasileiro ingressou em atos que importam em violações de direitos humanos, recomendando-lhe a adoção de medidas de determinação e apuração dos fatos submetidos à análise daquela instância internacional. Ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não estivesse em vigor no Brasil, a qual foi ratificada apenas em 1992, o Estado foi responsabilizado em dispositivos da Carta da OEA, na Declaração Americana de 1948, além do Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana³⁶.

Outrossim, a situação na Argentina, em razão dos abusos e transgressões que marcaram o período do chamado “Processo de Reorganização Nacional” (1976-1983), também foi apreciada pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Em seu relatório publicado em 1980, ainda na vigência do regime militar naquele país, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a partir de visitas e diligências realizadas *in loco*, constatou diversas ocorrências de violações aos direitos humanos sofridas por dissidentes políticos, consignando a hedionda prática do crime de desaparecimento forçado de milhares de indivíduos³⁷.

³⁵ GOLDMAN, Robert K. History and action: the inter-american human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. **Human Rights Quarterly**, v. 31, n. 4, nov/2009, p. 856-887.

³⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 216.

³⁷ PINTO, Mónica. The role of the Inter-American Commission and Court of Human Rights in the protection of human rights: achievements and contemporary challenges. **Human Rights Brief**, vol. 20,

Esta interação entre os diversos sistemas situados em diferentes ordens e níveis é a verdadeira marca distintiva que representa a segunda fase da justiça de transição, como bem sintetiza Ruti Teitel:

A evolução do discurso da justiça transicional, na segunda fase, fez destacar uma interação entre as dimensões do universal, do global e do local. Embora enquadrar o problema em termos de universalizar os direitos humanos sugerisse uma forma de justiça extraída dos interesses e necessidades das sociedades, mesmo assim a abordagem da Fase II assumiu condições que não estavam formalmente presentes em muitos países, com resultados restaurativos frequentemente duvidosos. A revisão genealógica esclarece as contingências históricas e políticas presentes nas escolhas políticas. Também indica até que ponto o regime jurídico da Fase II incorporou as ideias do Estado de Direito vinculadas estreitamente à legitimidade das instituições locais, enfrentando, assim, os múltiplos propósitos associados com períodos de mudança política³⁸.

Por fim, a terceira fase da justiça de transição compreende uma reação da primeira fase, através da ascendência dos tribunais penais internacionais de segunda e terceira gerações, fase esta que perdura até o presente momento. Este estágio compartilha das preocupações oriundas do fenômeno da globalização, ganhando especial relevância a exportação do modelo do Estado de Direito, sobretudo por meio da responsabilização criminal internacional dos indivíduos que desviam deste padrão global firmado pela comunidade internacional, cuja construção, como já referenciado, remonta ao final da Segunda Guerra Mundial e aos julgamentos de Nuremberg.

Trata-se, assim, de uma evolução que trata a justiça de transição como um estado estável, permeando os mais variados domínios do direito e da política, ampliando seu campo de atuação para além das rupturas de regimes autocráticos. Neste sentido, observa Teitel:

A presente Fase pode ser caracterizada como o da justiça transicional estável (steady-state). O discurso agora mudou da periferia para o centro. Como se discutiu acima, o novo milênio parece estar associado com a expansão e a normalização da justiça transicional. O que historicamente era visto como um fenômeno jurídico associado a condições extraordinárias de pós-conflito, agora parece ser cada vez mais um reflexo de tempos normais. Guerra em tempos de paz, fragmentação política, Estados frágeis, pequenas guerras e conflitos constantes, todas caracterizam as condições políticas contemporâneas. Estes acontecimentos estimularam a intenção de normalizar a justiça transicional, conduzindo em última instância, a consequências ambivalentes. Em sua condição de jurisprudência associada

n. 2, p. 34.

³⁸ TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011. p. 156.

ao fluxo político, a justiça de transição está relacionada com uma alta politização do direito e com certo grau de compromisso com os parâmetros do Estado de Direito³⁹.

Tendo em vista os limites deste trabalho, não serão abordados aspectos contemporâneos, ainda que relevantes, sobre os desafios que a atual compreensão da justiça transicional enfrenta, tais como o combate ao terrorismo e as políticas pós-conflito em situações que não evidenciam quebras de regime, como a Colômbia, dando preferência ao surgimento dos novos tribunais internacionais que são instituídos no final do século XX.

Os acontecimentos que tomaram a ex-Iugoslávia constituíram o primeiro cenário que levou ao aparecimento dos tribunais penais internacionais de segunda geração, em razão das atrocidades cometidas durante o conflito conhecido como “Guerra da Bósnia”. Desde 1991, diversos oficiais sérvios ingressaram em atos que correspondiam a violações de disposições das Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário, cometendo diversos delitos internacionais como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi criado por meio da ação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, refletida na adoção da Resolução nº 827 de 25 de maio de 1993, enquanto o conflito armado ainda estava em curso. De acordo com o relatório encaminhado pelo Secretário Geral da referida organização internacional, caberia ao Tribunal aplicar as regras de Direito Internacional Humanitário que, sem dúvida alguma, faziam parte do direito costumeiro⁴⁰.

A outra situação que captou a atenção da comunidade global, repercutindo na criação de uma corte internacional para fins de responsabilização penal individual, diz respeito ao genocídio cometido em Ruanda, que culminou na morte aproximada de 800 mil ruandeses. Assim como no caso do conflito dos Balcãs, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado por ação do Conselho de Segurança, na forma da Resolução nº 977 de 22 de fevereiro de 1995, adotando procedimento e

³⁹ TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011. p. 164.

⁴⁰ SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 11.

imputações semelhantes às normas observadas no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia⁴¹.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, localizado na Haia, contabilizou, até setembro de 2007, mais de 200 acusações formais, as quais geraram 85 casos já concluídos, culminando na condenação de 43 indivíduos e na absolvição de 5 pessoas⁴². Por sua vez, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sediado na Tanzânia, conforme levantamento realizado até abril de 2014, foram julgados 75 casos, dos quais 47 foram condenados, 12 inocentados e 17 interpuseram recursos⁴³. Ao contrário da corte de Haia, o Tribunal encerrou suas atividades ao final de 2015.

Quanto à repercussão das atividades dos referidos tribunais, Samantha Power aponta como tais experiências acabaram se mantendo distantes das expectativas das vítimas, seus familiares e demais interessados, muito em razão da ausência de tradução da transmissão das notícias sobre os julgamentos nas respectivas línguas dos povos afligidos:

Apesar da presença de figurões entre os réus sob custódia da ONU, nenhum dos julgamentos iniciais teve sobre os sobreviventes o mesmo efeito, por exemplo, que o julgamento em 1961 de Adolf Eichmann, o oficial nazista encarregado das deportações de judeus, produziu sobre os israelenses. O povo de Ruanda e o da Bósnia quase não prestaram atenção aos trabalhos do tribunal. Os israelenses recordam os dias em que se reuniam ao pé do rádio para ouvir pela primeira vez os detalhes dos horrores nazistas, enquanto bósnios e ruandeses se limitam a dar de ombros quando os tribunais são mencionados. Consideram isso sem importância para a sua vida cotidiana. Prevalece a ignorância⁴⁴.

Tal registro demonstra que esta expansão da atividade jurisdicional a nível global, ainda que se mostre competente e eficaz para processar e julgar graves ofensas à ordem internacional, deve ser acompanhada de uma racionalidade capaz de dialogar com as partes mais interessadas no esboço deslinde dos trabalhos dos tribunais: as vítimas. Assim, tal assertiva mostra-se ainda mais pertinente

⁴¹ SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 11.-12.

⁴² CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.

⁴³ CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 179.

⁴⁴ POWER, Samantha. **Genocídio: a retórica americana em questão**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 561-562.

quando se observa a variedade de contextos étnico-culturais que circundam as localidades envolvidas em conflitos armados e outras formas de repressão empreendidas por regimes de exceção, o que deve ser levado em plena consideração das partes encarregadas de administrar a resolução destas questões na cena internacional⁴⁵.

As críticas levantadas em face da criação *ad hoc* dos tribunais penais internacionais de segunda geração, isto é, o estabelecimento dos órgãos jurisdicionais após a ocorrência dos crimes internacionais nos Balcãs e em Ruanda, reviveu a oposição que caracterizou o debate sobre a legitimidade de Nuremberg, como visto acima. Desta forma, a comunidade internacional intensificou os trabalhos e estudos realizados até então acerca da possibilidade da criação de um tribunal penal internacional em caráter permanente. Com efeito, a Comissão de Direito Internacional da ONU ficou encarregada de esboçar um tratado constitutivo deste tribunal que seria associado à estrutura da referida organização internacional⁴⁶.

O Estatuto de Roma, adotado em uma conferência diplomática realizada em 17 de julho de 1998, estabeleceu a criação do Tribunal Penal Internacional - TPI, sediado na Haia, bem como discriminou os crimes que seriam julgados por aquela corte e regras atinentes ao procedimento a ser observado naquela instância. Da leitura do artigo 5º do Estatuto, depreende-se que o Tribunal possui competência

⁴⁵ Para uma perspectiva adequada acerca da temática, confira-se a abordagem realizada por Joaquín Herrera Flores no marco da interculturalidade dos direitos humanos: “Por isso propomos uma prática não universalista nem multicultural, mas sim intercultural. Toda prática cultural é, em primeiro lugar, um sistema de superposições entrelaçadas, não meramente sobrepostas. Esse entrecruzamento nos conduz a uma prática dos direitos que estão inseridos em seus contextos, vinculados aos espaços e às possibilidades de luta pela hegemonia e em estreita conexão com outras formas culturais, de vida, de ação, etc. Em segundo lugar, nos induz a uma prática social nômade que não procure impor “pontos finais” ao extenso e plural conjunto de interpretações e narrativas humanas. Uma prática que nos discipline na atitude de mobilidade intelectual absolutamente necessária em uma época de institucionalização, arregimentação e cooptação globais”. E prossegue: “Os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam dessa visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômades e híbridas para superar os obstáculos universalistas e particularistas que impedem sua análise comprometida há décadas. Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Também não são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, nos permitindo abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela dignidade humana”. (FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 166 e 169). Ainda sobre o multiculturalismo como perspectiva adequada para a compreensão de questões relativas aos direitos humanos, cf. FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁶ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29-31.

para julgar os crimes de agressão, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A definição destes crimes, com exceção do delito de agressão, foi especificada nos artigos 6º a 8º do tratado.

Cabe destacar que, ao contrário dos demais tribunais internacionais analisados neste trabalho, a jurisdição do TPI é exercida sob os critérios da complementariedade e da subsidiariedade. Esta lógica, presente nos demais mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, privilegia a atuação do Estado na investigação e processamento dos crimes internacionais, cabendo ao Tribunal agir quando os mecanismos internos se mostram omissos ou mesmo incapazes de operar de modo satisfatório na repressão penal de atos que importam em graves violações de direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário⁴⁷.

O Tribunal, que iniciou suas atividades em 2003, menos de um ano após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, já processou indivíduos acusados da prática de crimes internacionais nos seguintes países: República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana, Sudão, Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali e Geórgia⁴⁸. Ainda, a Procuradoria do Tribunal analisa em caráter preliminar as situações que envolvem Afeganistão, Burundi, Colômbia, Gabão, Guiné, Iraque, Nigéria, Palestina e Ucrânia⁴⁹.

Neste terceiro estágio, a justiça de transição mostrou-se como uma ideia que se proliferou nos diversos níveis em que a proteção aos direitos humanos se realiza – global, regional e local –, de forma que a construção trazida por esta visão é observada nos mais variados mecanismos que foram desenhados desde o marco da internacionalização dos direitos humanos.

A linguagem e o arcabouço teórico fornecidos pela justiça transicional expandiram-se não apenas para as análises empreendidas por cientistas políticos,

⁴⁷ “A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, a responsabilidade primária e o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade, a soberania do Estado, à luz dos princípios da complementariedade e da cooperação”. (PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 290).

⁴⁸ Relação disponível em <<https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx>>.

⁴⁹ Conforme informação constante do sítio eletrônico do Tribunal: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/Preliminary-Examinations.aspx>>.

juristas e outros estudiosos dos fenômenos das rupturas institucionais, mas compõem a própria agenda da comunidade internacional contemporânea⁵⁰.

Encerrada, assim, a investigação acerca do florescimento da noção de justiça de transição como meio de análise das mudanças de regime e suas repercussões na ordem subsequente adquire uma nova trajetória a partir deste momento. Ao longo dos demais itens deste capítulo, bem como nos outros dois capítulos, serão abordadas as medidas concretas pelas quais a justiça transicional se manifesta em um dado contexto, por meio de seus eixos estruturantes, a saber: verdade e memória, reparações, justiça penal e garantias de não-repetição. A escolha terminológica se orienta pela síntese das principais construções presentes na bibliografia internacional⁵¹ e nacional⁵², bem como pela própria atuação da Organização das Nações Unidas que acolhe a mencionada cisão⁵³.

1.2 DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: DA EXPRESSÃO INDIVIDUAL À NECESSÁRIA INSTITUCIONALIZAÇÃO

A realização do direito à memória e à verdade constitui um dos principais eixos pelos quais a justiça transicional se manifesta concretamente. De fato, não havendo a devida atenção por parte do Estado, por meio da execução de políticas públicas e uma franca colaboração com a sociedade civil, as demais medidas concebidas pelo paradigma da justiça de transição não seriam tomadas de maneira satisfatória.

⁵⁰ “Essa compreensão do fenômeno em seus traços mais gerais, conjugando a diversidade das medidas concretas de justiça com a excepcionalidade do contexto transicional, no sentido de reparar o passado e promover uma responsividade dos sujeitos, consagrou-se como uma das concepções mais influentes nos estudos de ciência política e direito. Tal leitura vem informando, vale frisar, não apenas debates acadêmicos, mas diferentes políticas públicas nacionais sobre memória e justiça, além de organismos internacionais de promoção de direitos humanos”. (QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões, 2013. p. 141-142).

⁵¹ ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston: Beacon Press, 1998; TEITEL, Ruti. **Transitional justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

⁵² QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretario Geral S/2004/616. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, 2009, n.1, p. 325. 320-351.

Apesar de ser alçado ao patamar de direito humano e fundamental, o direito à memória e à verdade possui origem recente, conforme se depreende da construção elaborada no bojo do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Originariamente, o direito à verdade surge como resposta à falha dos Estados em investigar, processar e julgar graves violações de direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário. Em relação a este, o artigo 32 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 estabelece o direito dos familiares de pessoas desaparecidas em conflitos armados, sejam internacionais ou internos, de serem informados sobre a localização ou destino destas vítimas. Ainda, de acordo com o costume internacional, é dever do Estado tomar todas as medidas para descobrir e localizar pessoas desaparecidas em conflitos armados⁵⁴.

Inicialmente, o direito à verdade mostrava-se relacionado com o fenômeno do desaparecimento forçado, o qual era praticado de forma sistemática pelos regimes autocráticos visualizados na América Latina, tornando-se um dos principais meios pelos quais o terrorismo de Estado se manifestava. De acordo com a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o desaparecimento forçado ocasiona uma violação múltipla de direitos humanos, tais como o direito ao tratamento humano, o direito à liberdade pessoal, direito à vida e o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Esta violação é consumada a partir do momento em que a vítima é privada de sua liberdade, com a consequente falha em prestar informações sobre seu paradeiro, seja tal falha ocasionada de modo intencional ou mediante omissão⁵⁵.

Dentre os principais precedentes existentes acerca da matéria, destaca-se o famoso caso “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, o qual marca a primeira condenação de um Estado em um caso contencioso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte, ao apreciar a demanda trazida pela Comissão, decidiu que o Estado de Honduras falhou em respeitar e garantir direitos humanos das vítimas peticionárias, na medida em que não promoveu a devida investigação dos fatos que envolviam a prática de desaparecimentos forçados. Na sentença proferida em 29 de julho de 1988, o tribunal internacional assim tratou da

⁵⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Right to truth in Americas**. Washington, D.C.: CIDH, 2014. p. 27.

⁵⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Right to truth in Americas**. Washington, D.C.: CIDH, 2014. p. 27.

responsabilidade internacional de Honduras por não garantir o direito à verdade aos familiares das vítimas:

181. O dever de investigar fatos deste gênero subsiste enquanto se mantenha a incerteza sobre o destino final da pessoa desaparecida. Inclusive quando circunstâncias legítimas da ordem jurídica interna não permitissem aplicar as sanções correspondentes aos que sejam individualmente responsáveis por delitos desta natureza, o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o destino desta e, se for o caso, onde se encontram seus restos, representa uma justa expectativa que o Estado deve satisfazer com os meios a seu alcance.

182. A Corte tem a convicção, e assim considerou provado, de que o desaparecimento de Manfredo Velásquez foi consumado por agentes que atuaram sob a cobertura de uma função pública. Mas, mesmo que não houvesse podido demonstrar-se tal coisa, a circunstância de que o aparato do Estado tenha se absterido de atuar, o que está plenamente comprovado, representa um descumprimento, imputável a Honduras, dos deveres contraídos em virtude do artigo 1.1 da Convenção, segundo o qual estava obrigada a garantir a Manfredo Velásquez o pleno e livre exercício de seus direitos humanos⁵⁶.

Na esteira deste seminal julgamento, outros casos chegaram ao sistema em virtude da violação do direito à verdade, de forma que a jurisprudência formada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui uma das marcas distintivas deste sistema regional frente aos demais mecanismos de proteção aos direitos humanos⁵⁷.

No âmbito do Direito Comparado, o direito à verdade também é visualizado nas sentenças proferidas por diferentes órgãos jurisdicionais situados em diversos países, tais como as Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru, bem como por tribunais federais na Argentina⁵⁸.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Paraguai**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

⁵⁷ De acordo com a categorização realizada por Flávia Piovesan, o caso “Vélasquez Rodriguez” inaugura a tipologia dos casos que envolvem violações oriundas de contextos autoritários, categoria esta que abarca “a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana”. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 19, n.1, jan/jun. 2012, p. 75).

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Promotion and protection of human Rights: study on the right to the truth**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/56/PDF/G0610656.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à verdade é inferido a partir da leitura do artigo 5º, XXXIII da Constituição da República de 1988, o qual dispõe acerca do direito à informação ao garantir que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei”.

No entanto, em razão das peculiaridades que envolvem a violação de direitos humanos das vítimas da repressão estatal em períodos autoritários, praticada de forma estrutural e sistemática, percebeu-se que a efetivação do direito à verdade em sua configuração meramente individual – a qual tampouco era garantida pelo Estado – não era suficiente a ponto de concretizar mudanças em um panorama mais amplo.

Hodiernamente, além da proteção do direito à verdade em sua dimensão individual, cabe ao Estado também zelar pela promoção e garantia do direito à verdade em sua expressão coletiva⁵⁹, comumente nomeado de direito à memória⁶⁰.

Acerca da conjugação entre estas duas dimensões, assim leciona André de Carvalho Ramos:

O direito à verdade consiste na exigência de toda informação de interesse público, bem como exigir o esclarecimento de situações inverídicas relacionadas a violações de direitos humanos. Tem natureza individual e coletiva, pois interessa a toda comunidade o esclarecimento das situações de desrespeito aos direitos humanos. Tem dupla finalidade: o conhecimento e também o reconhecimento das situações, combatendo a mentira e a negação de eventos, o que concretiza o direito à memória⁶¹.

⁵⁹ Esta passagem da expressão individual para a coletiva, bem como a diferenciação entre as duas dimensões, é bem sintetizada no seguinte trecho de autoria de Paulo Sérgio Pinheiro, Pedro Helena Pontual Machado e Paula Karina Rodríguez Ballesteros: “Nas discussões sobre o direito à verdade nesses espaços, há um claro amadurecimento de sua definição que, de início, por derivação da garantia prevista no protocolo adicional das convenções de Genebra de 1949, era entendido como um direito individual das famílias de saber o que houve com seus parentes. Aos poucos, essa compreensão passa a incorporar o princípio de que os indivíduos e também a sociedade têm direito a ter acesso às informações sobre as ações do Estado. Por consequência, o direito à verdade se mostra hoje como um direito tanto individual como coletivo. No primeiro caso, está prevista a garantia do direito de saber, bem como do direito desses familiares em cultivar a memória daqueles que foram mortos e, principalmente, desaparecidos. Nesse campo, esse direito representa a essas pessoas uma forma de resistência à violência a elas imposta pelo arbítrio do Estado e, nesse modelo, se apresenta como mecanismo de reparação da dignidade das vítimas e de suas famílias. No segundo caso, o direito à verdade é uma prerrogativa da sociedade e tem a função de mecanismo para garantias de não repetição, pois permite o fortalecimento da democracia e de suas instituições por meio da identificação das lacunas nos pesos e contrapesos que permitiram os excessos do Estado.” (PINHEIRO, Paulo Sérgio; MACHADO, Pedro Helena Pontual; BALLESTEROS, Fernanda Karina Rodríguez. O direito à verdade no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 15, n.105, fev/mai. 2013, p. 21-22).

⁶⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Right to truth in Americas**. Washington, D.C.: CIDH, 2014. p. 16.

⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 623.

Enquanto a garantia do direito à verdade em sua expressão individual se realiza mediante a adoção de remédios e recursos judiciais efetivos, o direito à memória demanda uma complexa atuação por parte dos Poderes Públicos, das vítimas e seus familiares, da sociedade civil organizada e, em certos contextos, dos próprios agentes envolvidos nas violações investigadas. Dentre as principais estratégias desveladas, a que ganhou maior adesão tem sido a instituição das chamadas “comissões da verdade”. Conforme conceptualização realizada por Priscilla Hayner, as comissões da verdade são reconhecidas pelas seguintes características:

Uma comissão da verdade (1) é focada no passado ao invés de fatos ainda em curso; (2) investiga um padrão de eventos que tiveram lugar em um dado período temporal; (3) age de forma direta e ampla sobre a população vitimada, juntando documentos ou seus testemunhos; (4) é um órgão temporário, com o objetivo de emitir um relatório final; e (5) é oficialmente autorizada ou investida pelo Estado sob investigação⁶².

Esta nova forma de se obter a verdade histórica, que expõe os agentes envolvidos em graves violações de direitos humanos, identificando os métodos pelos quais as engrenagens da repressão atuavam sobre as vítimas, é visualizada a partir da instituição da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento das Pessoas (CONADEP), em 1983, na Argentina. Por sua vez, a expressão “comissões da verdade” apenas surgiu a partir dos trabalhos realizados pela Comissão da Verdade e da Reconciliação no Chile, instituída em 1990, e pela Comissão da Verdade de El Salvador, concebida em 1992⁶³.

Outra iniciativa frequentemente lembrada e amplamente reverenciada é a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul, estabelecida em 1996. Referida comissão foi criada para apurar e investigar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1960 e 1994 sob o regime do *apartheid*. A referida

⁶² “A truth commission (1) is focused on past, rather than ongoing, events; (2) investigates a pattern of events that took place over a period of time; (3) engages directly and broadly with the affected population, gathering information on their experiences; (4) is a temporary body, with the aim of concluding with a final report; and (5) is officially authorized or empowered by the state under review.” (HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths**: transitional justice and the challenge of the truth commissions. New York: Routledge, 2011. p. 11-12).

⁶³ HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths**: transitional justice and the challenge of the truth commissions. New York: Routledge, 2011. p. 10.

comissão, que possuía mandato constitucional, era composta de uma estrutura tríplice, dividindo-se em comitês: Comitê de Violações de Direitos Humanos, Comitê de Anistia e Comitê de Reabilitação e Reabilitação⁶⁴.

Em linhas gerais, o funcionamento da comissão se baseava na colheita dos depoimentos das vítimas, realizada pelo Comitê de Violações de Direitos Humanos, e dos perpetradores, implementada pela Comitê de Anistia. A marca distintiva, no entanto, da comissão sul-africana reside em dois importantes aspectos. O primeiro aspecto diz respeito à oportunidade que as vítimas tinham de encarar face a face seus algozes, por meio de encontros informais facilitados pela comissão. O outro aspecto se vincula ao fato de que os agentes envolvidos na repressão poderiam ser anistiados em troca de confissões e relatos que detalhassem o respectivo envolvimento nos fatos investigados e na estrutura montada para levar a cabo o projeto repressivo⁶⁵. Após o devido cotejo das informações levantadas, processavam-se as devidas indenizações às vítimas e a concessão ou de anistia aos agentes que participaram dos trabalhos da comissão. Não concedida a anistia, os fatos apurados poderiam ensejar a devida responsabilização penal dos indivíduos que participaram dos episódios que ensejaram a criação da comissão⁶⁶.

Diante de suas peculiaridades, o modelo sul-africano é destacado por, em um só turno, ter conduzido uma ampla busca em torno da verdade histórica, bem como por efetivar a justiça penal de forma moderada, sem arriscar o desenvolvimento da restauração democrática que lá se evidenciava⁶⁷.

⁶⁴ GRAYBILL, Lyn S. **Truth & reconciliation in South Africa: miracle or model?** Boulder: Lynne Rienner, 2002; SHEA, Dorothy C. **The south african truth comission: the politics of reconciliation.** Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2000; VERDOOLAEGE, Annelies. **Reconciliation discourse: the case of the Truth and Reconciliation Comission.** Amsterdã: John Benjamins, 2008.

⁶⁵ LLEWELLYN, Jennifer. Truth comissions and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. van. **Handbook of restorative justice.** Devon: Willan Publishing, 2007. p. 364.

⁶⁶ CINTRA, Antônio Octavio. **As comissões de verdade e reconciliação: o caso da África do Sul.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. p. 9.

⁶⁷ "A partir dessa ideia, parece-me possível concluir que é a dissociação entre culpa e punição - associada à constatação de que punição exemplar e esquecimento total são apenas os extremos de um contínuo de possibilidades acerca de como lidar com o passado e com a memória - pode abrir as portas para um debate mais frutífero sobre formas intermediárias de se lidar com o problema, cada uma adequada a cada realidade, com base nos elementos que mencionei anteriormente: cultura, grau de injustiça, harmonização e tempo. Talvez o exemplo mais conhecido no sentido de construir um caminho próprio sejam as chamadas 'comissões de verdade e reconciliação', como as sul-africanas. Embora não seja possível atribuir uma única razão para que a África do Sul tenha escolhido esse caminho, é possível sustentar algumas hipóteses, com base nos quatro elementos acima expostos. A primeira delas tem a ver com o grau de injustiça do regime que ficou conhecido como apartheid. Um nível tão elevado de injustiça, perpetrada por décadas a fio, não parece ser compatível com o estabelecimento de uma anistia, no sentido de esquecimento total do passado.

No Brasil, a implementação do direito à verdade e a memória foi realizada em dois turnos, encarando a temática sob dois enfoques distintos. A primeira fase está relacionada com o programa de reparações⁶⁸ que viria a ser promovido pelo Estado brasileiro, conforme disposições constantes das Leis nº 9.140/95 e 10.559/02, que tratam, respectivamente, da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia⁶⁹.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída por meio da Lei nº 12.258, de 18 de novembro de 2011, adveio da necessidade de realizar o direito à verdade em uma perspectiva de esclarecer as diversas violações de direitos humanos ocorridas durante os anos de 1946 a 1988, de forma a implementar importante eixo de ação programática constante do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), lançado por meio do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009⁷⁰.

Nos termos do artigo 3º da referida lei, caberia à Comissão Nacional da Verdade esclarecer os fatos e circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos ocorridas durante o período citado; promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, mesmo que ocorridos no exterior; identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos e suas eventuais

Uma anistia, nesse caso, poderia implicar aquilo que foi chamado por Günther de 'atribuição informal de culpa', que facilmente pode levar a uma punição também informal - e descontrolada - daqueles que forem considerados culpados. Construir o futuro, no caso sul-africano, era (e continua sendo) uma tarefa incompatível com o esquecimento do passado. Assim, ao mesmo tempo em que esquecer poderia gerar mais tensão do que harmonia, punir exemplarmente poderia acirrar ainda mais os atritos, algo também incompatível com a construção de um futuro comum. A esse fato soma-se o último dos elementos mencionados anteriormente: a cultura. Esse elemento é bem resumido pelo último capítulo da constituição provisória da África do Sul, de 1993, que serviu de epígrafe para este texto: 'há uma necessidade de compreensão, mas não de vingança, uma necessidade de reparação, mas não de retaliação, uma necessidade de *ubuntu*, mas não de vitimização'." (SILVA, Virgílio Afonso da. *Transição e direito: culpa, punição, memória*. In: GALLE, Helmut; SCHMIDT, Rainer. **A memória e as ciências humanas**. São Paulo: Humanitas, 2011. p. 101-103).

⁶⁸ Em razão da maior proximidade com o tema desenvolvido no item seguinte, maiores considerações sobre o eixo das reparações e sua consecução pelo Estado brasileiro serão tecidas naquele ponto.

⁶⁹ TORELLY, Marcello D. Das comissões de reparação à comissão da verdade: as contribuições dos acervos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão da Anistia para a Comissão Nacional da Verdade. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michel; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 418-419; WEICHERT, Marlon Alberto. Comissões da verdade e comissões de reparação no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

⁷⁰ PINHEIRO, Paulo Sérgio; MACHADO, Pedro Helena Pontual; BALLESTEROS, Fernanda Karina Rodriguez. O direito à verdade no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 15, n.105, fev/mai. 2013, p. 21-22

ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos; colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Da análise do referido dispositivo, depreende-se que o direito à verdade se descola da efetivação de reparações civis para fomentar uma visão interrelacional entre os diversos eixos de atuação que caracterizam a justiça transicional.

Visando a execução destes objetivos, a Comissão Nacional da Verdade poderia lançar mão dos seguintes poderes: receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente; requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; promover audiências públicas; requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com os trabalhos da Comissão; promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; e requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos.

Em percuciente estudo historiográfico realizado por Lucas Figueiredo, é possível verificar que a atuação da CNV foi bastante prejudicada em razão da questão atinente à ocultação dos arquivos secretos mantidos pelo regime militar, tendo em vista a ausência de colaboração das Forças Armadas para se efetivar a reconstrução da verdade histórica:

No período em que funcionou, a Comissão Nacional da Verdade fez 53 pedidos de informações ao Ministério da Defesa e aos comandos militares. Das respostas que recebeu, segundo a própria CNV, pouco se aproveitou. Em seu relatório final, os comissários deixaram registrada a falta de

colaboração por parte do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, na prestação de informações e na cessão de documentos de seus antigos serviços secretos⁷¹.

Assim, a manutenção do sigilo destes documentos compromete sobremaneira a apuração da verdade sobre o funcionamento do aparelho repressivo estatal arquitetado pelos militares, acarretando notórios prejuízos ao interesse público da sociedade de ser informada acerca das ações levadas a cabo durante o período de exceção, mormente quando estes arquivos também se referem a desaparecidos políticos⁷².

Após dois anos e meio de trabalho, a Comissão Nacional da Verdade emitiu, em 10 de dezembro de 2014, seu Relatório Final, dividido em três grandes volumes. O primeiro volume detalha as atividades realizadas pela CNV, apresentando a estrutura, método, dinâmica e cadeias de comando da repressão. O segundo volume compreende a violação de direitos humanos de grupos vulneráveis, como a população LGBT, sindicalistas, militares dissidentes, membros da Igreja Católica, camponeses, população indígena e o segmento universitário. Por fim, o terceiro volume engloba os acontecimentos relativos aos 434 mortos e desaparecimentos políticos que o regime militar produziu, sendo que muitas dessas informações foram obtidas e consolidadas a partir dos dados constantes do acervo da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia, que apreciaram processos de reparação movidos pelos familiares⁷³.

Em que pese a aparente constatação de que o eixo da memória e verdade tenha alcançado seu ápice na experiência transicional brasileira, ainda restam certas questões que merecem maior reflexão por parte do Estado.

Refira-se, em um primeiro momento, ao recorte dedicado ao estudo das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar que vitimou a população indígena. Não obstante a Comissão Nacional de Verdade tenha realizado

⁷¹ FIGUEIREDO, Lucas. **Lugar nenhum:** militares e civis na ocultação dos documentos da ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 124.

⁷² Confira-se, a esse respeito, o arquivo mantido pela Marinha sobre os acontecimentos relativos à chamada Guerrilha do Araguaia, o qual desmentia a versão pública dada pelos militares acerca da ausência de informações atinentes ao desaparecimento dos guerrilheiros. Vide: FIGUEIREDO, Lucas. **Lugar nenhum:** militares e civis na ocultação dos documentos da ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 35-37.

⁷³ DALLARI, Pedro; DIAS, José Carlos; CAVALCANTI FILHO, José Paulo; *et al.* Verdade, memória e reconciliação. **Folha de S. Paulo. Opinião**, São Paulo, p. 10 dez. 2014. 3, 2014.

este recorte temático, a rigorosa metodologia utilizada pelo órgão para precisar o número de vítimas da ditadura acabou por não abarcar o referido segmento⁷⁴.

Outrossim, a repressão direcionada aos camponeses durante o período de exceção também merece maiores investigações por parte do Estado brasileiro, pois, embora também contemplada no volume dois do Relatório Final, foi tratada sem a devida profundidade, o que provocou, inclusive, o surgimento da Comissão Camponesa da Verdade⁷⁵.

Neste importante ponto trabalhado pela justiça transicional, compreende-se que o direito à verdade e à memória constitui relevante parte do complexo movimento destinado a superar o passado autoritário, informando a sociedade acerca dos malfeitos que caracterizaram o período anterior, de modo a consolidar a promoção dos direitos humanos e da democracia que florescem no paradigma pós-conflito.

1.3 O EIXO DAS REPARAÇÕES E A POLÍTICA DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL

O eixo das reparações, aliado à implementação do direito à verdade e à memória, é o que melhor representa a perspectiva adotada pela justiça de transição em relação às vítimas dos abusos do passado autoritário, focando no sofrimento destes indivíduos que, por extensão, refletem na sociedade como um todo⁷⁶. Com efeito, a passagem para a nova ordem jurídico-política exige a atuação positiva do Estado na reabilitação de mortos, desaparecidos e demais vítimas do regime antecedente, de modo a promover a efetiva reconciliação nacional⁷⁷.

⁷⁴ O Relatório Final da CNV realizou uma estimativa de que foram mortos 8.350 indígenas de 10 diferentes etnias. No entanto, como já referido, pendem maiores detalhes sob as formas e razões pelas quais este grupo vulnerável foi efetivamente perseguido pela repressão estatal. Para a necessidade de iniciativas mais incisivas para a promoção da justiça de transição sob a perspectiva da interculturalidade, focando na questão indígena, cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e justiça de transição. **Quaderni Fiorentini**, Florença, vol. 44, t. 2, p. 1137-1166; e CALHEIROS, Orlando. No tempo da guerra: algumas notas sobre as violações dos direitos dos povos indígenas e os limites da justiça de transição no Brasil? **Verdade, Justiça e Memória Re-vista**, v. 9, p. 1, 2015.

⁷⁵ Quanto à necessidade de se adotar um enfoque próprio, nomeado de “justiça transicional camponesa”, cf. ARAÚJO, Eduardo Fernandes de. As ligas camponesas: justiça transicional camponesa na lei ou na marra. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

⁷⁶ ANTKOWIAK, Thomas M. An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice. **Stanford Journal of International Law**, vol. 279, 2011. p. 279-332.

⁷⁷ “As últimas décadas foram testemunhas de um crescente interesse no estudo de como as sociedades que vivenciaram um passado de violência coletiva, de violações generalizadas de Direitos Humanos e de guerras civis lidam com essas questões. As sociedades que fazem a transição de um

O tema das reparações reivindica uma localização mais precisa, já que este termo, na construção do Direito Internacional Público, posteriormente apropriada para o domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é frequentemente utilizado para designar as diversas medidas que são ordenadas em razão do reconhecimento da prática de ato ilícito, por ação ou omissão, imputável a um dado Estado⁷⁸. No entanto, na acepção vinculada ao projeto almejado pela justiça transicional, as reparações compreendem um verdadeiro programa que procura atingir o maior número de processos possíveis, conforme explana Pablo de Greiff:

O outro contexto no qual se usa habitualmente o termo “reparações” é no desenho de programas (isto é, conjuntos mais ou menos coordenados de medidas de indenização) que abrangem amplos conjuntos de casos. Por exemplo, pode dizer-se que a Alemanha, Chile e Argentina estabeleceram “programas de reparação”⁵. Nesse contexto, e apesar das relações que cada um destes programas possa ter com outros esforços pela obtenção de justiça, o termo é utilizado num sentido mais restrito. Aqui, “reparações” se referem aos esforços por oferecer benefícios diretamente às vítimas de certo tipo de crimes. Nesse sentido, os programas de reparações não objetivam o estabelecer da verdade, a justiça penal ou a reforma institucional, por exemplo, como parte da própria reparação. As categorias utilizadas para analisar as reparações no contexto do desenho de programas são diferentes daquelas propostas pelo Direito Internacional⁷⁹.

No cenário brasileiro, como já referenciado de forma breve, este programa foi executado sob duas frentes, ambas atreladas ao Poder Executivo federal, vinculadas à estrutura do Ministério da Justiça. A primeira iniciativa contou com forte pressão de grupos formados pelos familiares dos mortos e desaparecidos políticos, impulsionando a elaboração, aprovação e implementação da Lei nº 9.140, publicada em 04 de dezembro de 1995. O diploma legislativo foi pautado por três pontos básicos: o Estado admitiria sua responsabilidade pelas mortes; reconheceria

regime repressivo para a democracia acabam se deparando com difíceis escolhas, como as que colocam como prioridades, em lados diametralmente opostos, os objetivos de justiça e de paz. O novo governo deve atentar para sua realidade política, muitas vezes marcada pela fragilidade do novo regime ou por um limitado poder político, ao buscar prevenir futuras violações de Direitos Humanos e ao reparar os danos causados pelos abusos do passado. É nesse contexto de busca por um equilíbrio na transição que a questão da reconciliação costuma aparecer.” (ANTONIO, Gustavo Miranda. Promoção da reconciliação nacional. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 15, n.105, fev/mai. 2013, p. 72).

⁷⁸ GREIFF, Pablo de. Justiça e reparações. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília. n. 3. p. 42-43.

⁷⁹ GREIFF, Pablo de. Justiça e reparações. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília. n. 3. p. 44.

oficialmente os mortos e desaparecidos; pagaria as indenizações devidas, desde que a família assim o desejasse⁸⁰.

A Lei nº 9.140 relacionou uma lista com 136 nomes de pessoas desaparecidas, consolidada a partir de um dossiê confeccionado pelas famílias das vítimas, as quais eram reconhecidas desde já como mortas por ação do regime militar. Quanto às demais vítimas que não foram nominadas na lista do Anexo I, havia a necessidade de se instaurar um procedimento administrativo perante a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, criada pelo mesmo diploma legislativo. Visando dar efetividade à missão de reparar as vítimas fustigadas pela ditadura, a Comissão Especial possuía as atribuições de proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas, que participaram em atividades políticas e tenham falecido em dependências policiais ou assemelhadas, que tenham ingressado em ações de repressão a manifestações políticas ou conflitos armados, além de indivíduos que tenham falecido em decorrência de suicídio por receio de serem presos ou em virtude de efeitos psicológicos oriundos da prática de tortura por agentes públicos. Possuía ainda a incumbência de localizar corpos de pessoas desaparecidas mediante a colheita de indícios que pudessem levar ao efetivo destino de tais pessoas. Por fim, à Comissão competia também emitir parecer acerca dos requerimentos movidos pelos familiares das vítimas, na ordem estabelecida pelo artigo 10 da Lei nº 9.140⁸¹.

Conforme levantamento realizado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, a Comissão Especial reconheceu em torno de 400 casos de mortos e desaparecidos políticos em virtude de ações do regime militar⁸².

A segunda frente, destinada a amparar outras vítimas da ditadura que não estavam compreendidas na categoria de mortos e desaparecidos políticos, foi iniciada a partir dos trabalhos da Comissão de Anistia. A Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, veio regulamentar a previsão constante do artigo 8º do Ato das

⁸⁰ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: SEDH, 2007.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁸² BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: SEDH, 2007.

Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, que trata do direito à reparação aos que foram atingidos por atos de exceção no período de 1946 a 1988. A Comissão de Anistia, criada por este diploma, ficou encarregada de examinar os requerimentos de indenizações movidos pelos interessados, desde que ostentassem a condição de anistiados políticos, na forma do artigo 2º da lei. Essencialmente, esta condição aos que foram punidos por atos institucionais, regulamentares ou outras ordens levadas a cabo por motivação puramente política.

A implementação deste programa de reparações, conforme apontamentos realizados por Marcelo Torelly e Paulo Abrão⁸³, compreende o “eixo estruturante” da justiça transicional no Brasil, dada a mobilização do Estado brasileiro na efetivação desta forma de desagravo às vítimas da repressão do período de exceção.

Esta abordagem acerca do sucesso do programa brasileiro de reparações pode ser aferida a partir da avaliação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso “Gomes Lund e Outros v. Brasil”, no sentido de que a atuação Estado foi positiva, salientando que o mecanismo interno atendia aos critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar as violações de direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁴.

No entanto, como bem observa Martha Minow⁸⁵, as reparações econômicas podem não surtir o efetivo desejado se não forem seguidas por reparações de cunho simbólico, as quais motivam os necessários pedidos de desculpas por parte do Estado. No caso brasileiro, esta outra dimensão do eixo das reparações é vista a partir das chamadas “Caravanas da Anistia”, que promoveram diversos atos de reconhecimento do papel do Estado brasileiro na participação em eventos do regime militar. As Caravanas eram notabilizadas por serem sediadas em espaços públicos como escolas, universidades, praças, entre outros, de modo a viabilizar a participação não somente do grupo dos anistiados políticos e seus familiares, mas também a população em geral. Tal formatação permite a difusão dos testemunhos orais que eram prestados nestes eventos, propiciando a propagação da importância

⁸³ ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil. In: REATÉGUI, Felix (oorg.). **Justiça de Transição**: manual para a América Latina. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011. p. 473-516.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 303. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁸⁵ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston: Beacon Press, 1998. p. 112.

da defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, por meio dessa relevante estratégia de integração social⁸⁶.

Nestes termos, compreende-se que a reconciliação nacional perpassa pela devida reparação aos que mais sofreram com as ações dos Poderes Públicos durante períodos de ruptura com a ordem democrática. Em outras palavras, a reabilitação da democracia é atingida ao mesmo passo em que as violações de direitos humanos das vítimas do passado autoritário são, na medida do possível, reparadas pela nova ordem político-jurídica, desvelando a interação existente entre estas duas importantes categorias.

⁸⁶ BAGGIO, Roberta Camineiro. Porque reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição. Brasília: UnB, 2015. p. 287.

2. O COMBATE AO MAL RADICAL NO CONE SUL: O EIXO DA JUSTIÇA PENAL NA TEORIA E NA PRÁTICA

*“É preciso ter graça
É preciso ter sonho sempre
Quem traz na pele essa marca
Possui a estranha mania
De ter fé na vida”
(Maria, Maria – Elis Regina)*

Perpassados os deveres que surgem da proteção ao direito à verdade e à memória, bem como quanto ao eixo das reparações, a empreitada aqui proposta se volta ao mais polêmico dos pilares em que assenta o projeto da justiça transicional: a responsabilização penal dos agentes envolvidos em atos de repressão levada a cabo pelo Estado em períodos autoritários.

A questão mostra-se controvertida desde o ponto de vista da teoria jurídica, em razão dos inúmeros debates que se travaram no contexto do Pós-Guerra acerca das relações existentes entre Direito, Moral e Política⁸⁷. Para Robert Alexy, na esteira do desenvolvimento teórico verificado a partir de Gustav Radbruch⁸⁸, um sistema deixa de ser categorizado como sistema jurídico a partir do momento em que o argumento da injustiça passa a questionar um sem número de normas jurídicas, de modo que a reserva mínima de normas necessária à sobrevivência do sistema jurídico deixa de existir⁸⁹.

Trata-se, portanto, de um conceito de direito que não prescinde da existência de um critério de correção material das injustiças que um dado sistema normativo pode produzir, desvinculando-se de uma aceção meramente formal sobre o que caracteriza um sistema verdadeiramente jurídico⁹⁰.

⁸⁷ Tendo em vista os estreitos limites deste trabalho, a controvérsia que se instaura no âmbito dos feitos do regime nazista e a consequente discussão travada pela Teoria do Direito sobre o significado do Estado de Direito e seu sistema de justiça se encontra bem sumarizada no debate instaurado entre o jurista inglês Herbert Hart e o professor estadunidense Lon L. Fuller. Acerca das principais posições assumidas neste debate, cf. TEITEL, Ruti. **Transitional justice**. Nova York: Oxford University Press, 2000; PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). São Paulo. 2011. 129p. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

⁸⁸ CÂMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento da injustiça: teoria, aplicação e debate**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). São Paulo. 2013. 179p. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. p. 38-39.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 109.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 110.

Este critério de correção material, como se depreende de inúmeros contextos autoritários, não se encontra especado na ordem jurídica interna, mas advém do sistema estabelecido pelo Direito Internacional, conforme construção teórica verificada na primeira fase da justiça de transição, já exposta neste trabalho.

É a partir da noção de crimes contra a humanidade, que abarcam as mais graves ofensas à pessoa humana quando praticadas de forma sistemática e generalizada por parte de um dado Estado, que a justiça penal se realiza ao repreender tais condutas que violam a ordem jurídica internacional. Como já visto, esta classe de crimes internacionais foi primeiramente vista em Nuremberg, sendo posteriormente redefinida até a atual conceituação dada pelo Estatuto de Roma em seu artigo 7º⁹¹.

Ainda que a categorização dos crimes contra a humanidade esteja, na atualidade, compreendida positivamente em uma convenção internacional, tal classe constitui uma norma de Direito Internacional de caráter geral, comumente designada de *jus cogens*⁹². Esta qualidade especial é verificada não apenas nas normas oriundas de tratados e convenções internacionais, mas também pela via costumeira que, até a metade do século XX, consistia na principal fonte do Direito Internacional Público. Devido ao fato de que o *jus cogens* constitui normas inderrogáveis por parte das partes, veiculando regras de caráter imperativo, seu escopo tem enfrentado cada vez mais resistência por parte dos Estados, muito em razão de uma suposta ausência de consentimento no processo de formação destas formas⁹³.

⁹¹ “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”

⁹² NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, jun/dez. 2005. p. 161-178.

⁹³ Neste sentido, confira-se a crítica lançada por Francisco Rezek à luz do paradigma da produção normativa convencional que atualmente caracteriza e define o Direito Internacional Público, v. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146-147.

Portanto, a obrigação de investigar, processar e julgar crimes contra a humanidade é imperativa e não pode ser afastada por vontade dos Estados que compõem a sociedade internacional, ainda que, para tanto, se sirvam de argumentos baseados em seus sistemas jurídicos internos, conforme proibição veiculada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Diante deste *framework* advindo do Direito Internacional, volta-se agora aos cenários nacionais para averiguar de que forma os Estados sediados no Cone Sul cumpriram com suas obrigações internacionais, de modo a repreender os graves abusos e violações de direitos humanos que foram avistadas nas nações da Argentina, Chile e Brasil.

2.1 O CASO ARGENTINO: UMA LIÇÃO DE SUCESSO

A experiência argentina no combate aos excessos de seu passado autoritário é aclamada por sua imediatidade, sobretudo em uma época em que outras perseguições penais carregadas em instâncias nacionais não eram frequentes e, tampouco, havia a própria noção de justiça de transição, tal qual ora se afirma.

Os eventos que provocaram o ocaso do regime democrático na Argentina remontam ao ano de 1973, quando a nação começa a sofrer com ações de grupos armados de extrema esquerda, os quais travavam sangrentos combates com movimentos paramilitares de extrema direita. À época, o país se encontrava em meio a um tenso processo eleitoral, do qual surgiu como vencedor Juan Domingo Perón⁹⁴.

No ano seguinte, Perón falece e é sucedido por sua esposa, Isabel Perón, mas que apenas aparentemente geria o Poder Executivo argentino, já que a administração era dominada pela atuação de José López Rega, criador de um esquadrão nomeado de “Aliança Anticomunista Argentina”, mais conhecido como “Triplo A”. Este grupo foi responsável, até setembro de 1974, pela morte de aproximadamente 2 mil pessoas, em especial padres, intelectuais, advogados e políticos⁹⁵.

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Radical evil on trial**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 52.

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. **Radical evil on trial**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 52.

A partir da sucessão presidencial, houve um aumento no número de ataques entre grupos armados filiados a diferentes perspectivas políticas, contando ainda com o envolvimento do próprio Exército argentino. Assim, diante do despreparo do Executivo para lidar com a crescente tensão social, aliado à ampliação dos poderes dos militares na esfera do governo, a presidente Isabel Perón foi deposta por um golpe de Estado orquestrado pelas Forças Armadas na data de 24 de março de 1976⁹⁶.

A junta militar liderada pelo General Jorge Rafael Videla, pelo Almirante Emilio Eduardo Massera e o Brigadeiro Orlando Ramón Agosti governou a Argentina por meio do chamado “Processo de Reorganização Nacional”. Por meio de uma coalização formada entre o grande empresariado e as Forças Armadas, a ditadura argentina desencadeou a repressão mais dura vista nos regimes que se instalaram no Cone Sul a partir da década de 1960, causando a morte e o desaparecimento de mais de 30 mil pessoas⁹⁷.

A transição para a democracia só seria iniciada no ano de 1983, com a derrocada do regime militar, muito em razão da derrota sofrida em face do Reino Unido no conflito comumente conhecido como “Guerra das Malvinas”. O ano é marcado pela eleição do civil Raul Alfonsín, que se comprometeu a fazer uma gestão compromissada com a causa dos direitos humanos, principalmente no que condizia aos eventos que antecederam a reintrodução da democracia naquele país⁹⁸.

Dentre tais ações, destacam-se a criação da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento das Pessoas (CONADEP), referida no capítulo anterior, bem como a condução do julgamento das juntas militares. Em relação a este segundo ponto, é imperioso notar que a demanda pela instauração de investigações e persecuções penais em face dos agentes estatais adveio de uma iniciativa que integrou movimentos sociais surgidos em razão dos eventos que marcaram a ditadura argentina, como as Mães da Praça de Maio, aliado com ativistas de direitos

⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. **Radical evil on trial**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 52.

⁹⁷ SOUZA, Daniela Moura Rocha de. O Processo de Reorganização Nacional Argentina durante a ditadura de 1976. **Revista Binacional Brasil Argentina**, Vitória da Conquista, vol. 3 n. 1, jun/2014. p. 263-277; NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. **A ditadura militar argentina 1976-1983: do golpe de Estado à restauração democrática**. São Paulo: Edusp, 2007.

⁹⁸ GARGARELLA, Roberto. Carlos Nino: ética para Alfonsín. **Clarín**, Ideas. Buenos Aires, 08 set. 2014. Disponível em: <http://www.clarin.com/rn/ideas/historia/Alfonsin-CONADEP-Carlos-Nino_0_B1sWK19qwQx.html>. Acesso: 13 dez. 2016.

humanos erradicados no exterior. Desde 1980, com a edição do relatório lançado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em razão de sua visita *in loco* ao país em 1979, a necessidade de se apurar as graves violações de direitos humanos já era percebida e recomendada⁹⁹.

Os primeiros casos levados à justiça visavam assentar a responsabilidade dos máximos responsáveis pelas atrocidades documentadas pela CONADEP, consistentes em assassinatos, desaparecimentos forçados, e tortura. Após a análise inicial de 700 casos, os julgamentos públicos foram conduzidos em 1985, durando aproximadamente seis meses. Ao final, cinco dos nove líderes das juntas foram condenados, incluindo Emilio Massera e Jorge Videla, este último formalmente considerado presidente da Argentina durante os anos de 1976 e 1981¹⁰⁰.

A estratégia inicial, a qual buscava assentar a responsabilidade penal dos líderes do regime com base nos casos menos controvertidos, escolhidos em razão da consistência do acervo probatório, foi criticada por aparentemente selecionar quais situações mereciam constituir objeto das ações penais que viriam a reconhecer, pelo Judiciário local, a existência de graves violações de direitos humanos. No entanto, após o julgamento das juntas, outros oficiais de gradação menor foram trazidos ao tribunal pelos abusos cometidos no regime anterior. Diferentemente do que havia sido idealizado com os máximos responsáveis, as perseguições penais eram agora avançadas pelas vítimas e seus advogados por meio de ações penais, na forma da legislação ordinária então vigente no país, que acabaram confirmando a responsabilidade de mais de trezentos oficiais pelos crimes contra a humanidade cometidos durante o período de exceção¹⁰¹.

A condenação dos demais oficiais levou a um período de certa instabilidade institucional na nação, já que o Poder Executivo não poderia interferir nos procedimentos iniciados pelas vítimas e seus familiares. A crescente tensão política, manifestada sobretudo pelas tentativas de golpe de Estado orquestrada por setores das Forças Armadas e seus aliados, levou Alfonsín a propor duas leis que

⁹⁹ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 66-67.

¹⁰⁰ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 72-73.

¹⁰¹ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 75-76.

bloqueariam a realização de futuros julgamentos sobre os eventos que circundaram o “Processo de Reorganização Nacional”.

A primeira delas, aprovada em 24 de dezembro de 1986, chamada de “Lei do Ponto Final”, estabelecia a paralisação das ações penais que se encontravam em curso; já o segundo diploma, aprovado pelo Congresso Nacional em 4 de junho de 1987, impediu a condução de futuras perseguições penais em face de oficiais de graduação inferior a coronel, ao estabelecer uma presunção legal em favor destes, no sentido de que agiram sob “obediência devida”, isto é, apenas seguiram ordens emanadas por seus superiores hierárquicos. Posteriormente, com a saída de Alfonsín da presidência, o governo de Carlos Menem em favor de militares condenados, incluindo os líderes das juntas. Tais acontecimentos deram a impressão à sociedade civil em geral de que os julgamentos foram inúteis, de modo que a realização do eixo da justiça penal ficou estagnada na Argentina por certo tempo¹⁰².

Posteriormente, em razão do crescente descontentamento com a paralisação dos julgamentos penais, à exceção dos crimes de sequestros de crianças e o falseamento de suas identidades, diversas ações foram articuladas por movimentos sociais ligados às vítimas da ditadura argentina e seus familiares. Iniciativas propostas pelo *Centro de Estudios Legales y Sociales* – CELS visavam derrubar as leis de anistia promulgadas já no regime democrático, as quais consistiam no acionamento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e ações penais privadas perante a Justiça Federal¹⁰³.

A mais representativa tentativa de superar o óbice legal imposto pelos dois diplomas adveio de uma perseguição penal instaurada em face de Julio Simón, em razão do sequestro, tortura e assassinato de José e Gertrudis Poblete, sendo-lhe imputada ainda a prática de sequestro da filha do casal, Claudia, a qual fora adotada por uma família de um militar. Na decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, consignou-se o entendimento de que as leis de anistia representavam uma violação

¹⁰² CANTON, Santiago. Leis de anistia. In: In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011. p. 265-266.

¹⁰³ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 77-78.

dos tratados internacionais de direitos dos quais a Argentina fazia parte, os quais compunham o *corpus* normativo argentino¹⁰⁴.

Diante da ampla publicidade dada ao caso, que estava em vias de chegar à Suprema Corte daquela nação, o Congresso Nacional com o apoio do Presidente Nestor Kirchner, aprovou, no ano de 2003, um novo diploma que tornava sem efeito a anistia concedida pelas Leis “Obediência Devida” e “Ponto Final”¹⁰⁵.

Em 2005, após a confirmação da decisão proferida no chamado “Caso Simón e Outros”, a Suprema Corte declarou que as leis de anistia passadas pelos governos Alfonsín e Menem eram inconstitucionais. Na oportunidade, o tribunal entendeu, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que anistia a crimes de lesa-humanidade são inválidas, assentando o caráter imprescritível destes crimes. A partir desta decisão, centenas de casos foram reabertos, os quais seguem até hoje, levando a múltiplas condenações de agentes envolvidos nas graves violações de direitos humanos que caracterizaram o regime de exceção argentino¹⁰⁶.

Na avaliação de Kathryn Sikkink, algumas questões foram preponderantes para a efetiva realização do eixo da justiça penal na Argentina, comparado a outros países da América Latina. Em primeiro lugar, o nível da repressão verificado na Argentina foi maior do que aquele verificado no Brasil, Chile e Uruguai. No entanto, tal circunstância não foi tão elevada quanto na Guatemala, que acabou vendo o próprio movimento em prol dos direitos humanos silenciado em razão do terrorismo estatal. Em segundo lugar, a Argentina experimentou uma transição de absoluta quebra com o regime anterior, ao contrário das transições pactuadas que se verificaram no Brasil, Chile e Uruguai. Naquele contexto, os oficiais das Forças Armadas, de maior ou menor hierarquia, não mais se encontravam em posições de destaque no governo, o que dificultava a ingerência sobre as discussões relativas à perseguição penais dos agentes da repressão¹⁰⁷.

Outra característica que se sobressai no caso argentino diz respeito ao aparato normativo que integra o ordenamento jurídico interno, o que influenciou

¹⁰⁴ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 78-79.

¹⁰⁵ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 79.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Leis de anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 633-634.

¹⁰⁷ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 81.

sobremaneira a condução dos julgamentos penais naquela localidade. Finda a perseguição penal instaurada em face dos líderes das juntas, as ações penais privadas movidas pelas vítimas e seus familiares capitanearam a realização do eixo da justiça penal, vez que a maioria dos responsáveis por graves violações de direitos humanos foram condenados em razão destas ações de caráter privado¹⁰⁸. Aliado a tal circunstância, o Direito Internacional dos Direitos Humanos exerce grande influência no direito doméstico, tendo em vista que a Constituição argentina de 1994 estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional.

Portanto, além das questões ínsitas ao contexto político do país, a experiência argentina se notabiliza e exerce grande influência em relação a outras transições por seu amplo compromisso em cumprir com as obrigações advindas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sem que para tanto fosse necessária a intervenção de um tribunal internacional – de caráter penal ou de direitos humanos.

2.2 A EXPERIÊNCIA CHILENA E O EFEITO PINOCHET

À semelhança dos demais países situados na América Latina, o Chile também sofreu uma guinada autoritária que acabou por substituir a democracia por uma ditadura orientada por políticas de terrorismo de Estado. Em 11 de setembro de 1973, um golpe de Estado tirou o presidente democraticamente eleito Salvador Allende do poder, o qual vinha promovendo uma série de reformas e políticas públicas de viés socialista, contrariando o grande empresariado e a orientação anticomunista que predominava nas Forças Armadas. Após violenta ação que tomou conta das ruas de Santiago, Augusto Pinochet foi investido como presidente, remanescendo no poder até 1990, quando foi derrotado em um plebiscito que discutia a possibilidade de comandar a nação por mais oito anos¹⁰⁹.

Apesar deste desfecho, a transição chilena foi carregada de forma acordada com o antigo regime, inclusive mantendo Pinochet no comando das Forças Armadas

¹⁰⁸ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York: Norton, 2011. p. 82-83.

¹⁰⁹ SPOONER, Mary Helen. **Soldiers in a narrow land**: the Pinochet regime in Chile. Berkeley: University of California Press, 1999.

até 1998, quando de sua aposentadoria, bem como outorgando-lhe o título de Senador da República em caráter vitalício.

A transição compactuada dificultou a tomada de ações mais incisivas na seara da justiça penal, muito em razão da aplicabilidade do Decreto-Lei nº 2.191, de 1978, que concedeu anistia aos militares implicados em crimes cometidos em nome do Estado no período de 1973 a 1978¹¹⁰.

Este diploma de autoanistia não impediu, entretanto, a instauração de ações penais aos agentes estatais que ingressaram em atos que constituíam o crime de desaparecimento forçado. De acordo com o entendimento capitaneado pela Corte Suprema do Chile a partir do ano de 1995, o crime de desaparecimento forçado é um delito de caráter permanente, não sujeito à prescrição e à anistia¹¹¹.

A mais significativa ação para a consecução da justiça penal no país não viria de seu Judiciário interno ou mesmo de tribunais internacionais, mas sim das instâncias ordinárias do Judiciário espanhol. Diante dos entraves advindos da vigência da lei de anistia chilena, vítimas e familiares procuraram representar as graves violações de direitos humanos em um órgão judicial estrangeiro, almejando o enquadramento destes atos como crimes contra a humanidade, de modo a ativar o princípio da jurisdição universal¹¹².

Em síntese, a jurisdição universal se baseia na premissa de que certos crimes são tão graves que devem ser tratados como crimes internacionais, de forma que qualquer Estado pode promover o processamento e julgamento de tais ofensas. Ao invés de garantir tal prerrogativa aos tribunais internacionais, o princípio da justiça universal permite que qualquer instância judicial nacional possa investigar graves ofensas à ordem internacional, ainda que não tenha qualquer conexão direta com os fatos sob exame¹¹³.

Após a realização de atos processuais que visavam aferir a existência de indícios mínimos para a continuidade das investigações, o caso ganhou ampla

¹¹⁰ CASTRO, Juliana Passos de; ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de. Justiça transicional: o modelo chileno. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015. p. 213.

¹¹¹ CASTRO, Juliana Passos de; ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de. Justiça transicional: o modelo chileno. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015. p. 215.

¹¹² ROJAS, Paz. **Tarda pero llega: Pinochet ante la justicia española**. Santiago: LOM Ediciones, 1998. p. 36-37.

¹¹³ SANDS, Philippe. After Pinochet: the role of national courts. In: _____. (Org.). **From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 69.

repercussão internacional com a prisão de Pinochet, ocorrida em 17 de outubro de 1998, durante viagem que fazia a Londres, Reino Unido. O ex-Chefe de Estado fora indiciado dias antes em razão de dezenas de imputações atinentes aos crimes de tortura e uma imputação referente ao assassinato de um diplomata espanhol. Posteriormente, com a requisição de extradição do custodiado feita pelo governo espanhol, a Câmara dos Lordes foi acionada para decidir questões legais que orbitavam o pedido¹¹⁴.

Em sua primeira decisão, o tribunal decidiu que Pinochet não estava investido pela imunidade de ex-Chefe de Estado, já que alguns crimes internacionais não estavam acobertados por tal proteção, como o delito de tortura. No entanto, tal julgamento foi anulado em razão da suspeição de dois juízes, os quais mantinham estreitos laços com a Anistia Internacional, uma das principais organizações que exerciam pressão pela extradição de Pinochet à Espanha¹¹⁵.

No terceiro e definitivo julgamento realizado acerca da detenção de Pinochet, decidiu-se que este poderia ser extraditado apenas para responder os crimes de tortura cometidos após 1988, data de entrada em vigor no Reino Unido da Convenção contra a Tortura da ONU. Com a renovação do mandado de prisão, agora limitado aos crimes de tortura, por força da decisão da Câmara dos Lordes, a extradição foi suspensa por razões humanitárias, em virtude do estado de saúde do custodiado, sendo-lhe permitido retornar ao Chile¹¹⁶.

Em que pese o desenlace da questão, Naomi Roht-Arriaza anota a existência do chamado “efeito Pinochet”, consistente na devida atenção que o assunto das violações de direitos humanos no Chile ganhou, bem como no posterior desvelamento de perseguições penais perante as instâncias locais daquele país. Ainda, o evento constituiu um verdadeiro precedente a favor de investigações instauradas em face de chefes de Estado que se encontrem no exercício de suas funções ou já afastados do poder¹¹⁷.

¹¹⁴ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p. 77.

¹¹⁵ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p. 78.

¹¹⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p. 79.

¹¹⁷ ROHT-ARRIAZA, Naomi. **The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2005. p. 224.

Outra importante iniciativa adveio do acionamento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos pelos nacionais chilenos Mario Márquez Maldonado e Elvira do Rosario Gómez Olivares, os quais pleiteavam a condenação do Chile pelas violações aos artigos 8 e 25 (garantias judiciais), em conexão com os artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2º (dever de adotar disposições de direito interno), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em síntese, o caso versava sobre a execução extrajudicial de Almonacid Arellano, professor universitário e vinculado ao Partido Comunista, ocorrida em 17 de setembro de 1973, um dia após ter sido detido por agentes estatais. Foram avançadas sucessivas tentativas de se apurar a responsabilidade dos agentes envolvidos por meio de investigações penais, todas arquivadas perante o Judiciário local, carreadas durante e depois do período de exceção. Após a redemocratização, muitas das iniciativas restaram barradas pela aplicação do Decreto-Lei nº 2.181 e pela suposta prescrição dos delitos representados. Assim, esgotados os recursos internos disponíveis aos familiares de Almonacid Arellano, houve o oferecimento de uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, iniciando o procedimento previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença proferida em 26 de setembro de 2006, condenou o Estado chileno pelas violações apontadas na denúncia processada pela Comissão, entendendo que o Decreto-Lei nº 2.181 era incompatível com as obrigações assumidas pelo Estado chileno ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que foi feito em 21 de agosto de 1990. Ainda que tal diploma tenha sido editado em 1978, data anterior à entrada em vigor da Convenção Americana naquele país, o Estado se obrigou a adequar sua legislação interna a partir da ratificação deste tratado, o que não havia sido feito¹¹⁸.

A grande inovação da Corte Interamericana não residiu apenas na declaração de invalidade do diploma que concedeu anistia aos agentes da repressão, mas sim na fundamentação utilizada para tanto, cuja importância vai para além dos contornos da temática da justiça de transição, atingindo diversas questões de domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se do controle de

¹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 50. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.

convencionalidade, ideia que surge a partir de uma interpretação do artigo 2º da Convenção Americana, que estabelece a obrigação dos Estados de prover as necessárias reformas no ordenamento jurídico interno, de modo a torná-lo compatível com as obrigações oriundas deste instrumento¹¹⁹.

Ainda que tal dever repouse frequentemente na atividade desenvolvida pelos Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito de suas respectivas competências institucionais, o Poder Judiciário também deve zelar pela conformação do corpo normativo interno às disposições constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados internacionais que visam proteger os direitos essenciais da pessoa humana¹²⁰.

Assim, como o Judiciário chileno não interpretou adequadamente o Decreto-Lei nº à luz dos artigos da Convenção Americana, deixando de pronunciar a invalidade do diploma perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte assim fundamentou a condenação do Estado chileno neste ponto:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo¹²¹.

Portanto, além do já conhecido controle de constitucionalidade que é feito pelos tribunais nacionais, exsurge a necessidade de realizar o controle de

¹¹⁹

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso” (Aguado Alfaro e Outros) Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.

convencionalidade¹²², adotando como parâmetro instrumentos internacionais de proteção à pessoa humana, de forma que a conclusão chegada pelo Direito Constitucional pode não refletir a mesma resposta dada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos¹²³.

Assim, reconhecida a invalidade da lei de anistia chilena, bem como assentado o caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade que foram cometidos durante a ditadura de Augusto Pinochet, a decisão tomada no caso “Almonacid Arellano e Outros v. Chile” novamente forçou que as cortes nacionais mudassem de orientação, a ponto da Corte Suprema daquele país adotar expressamente as razões de decidir utilizadas pelo tribunal internacional em casos que versassem sobre a viabilidade de perseguições penais destinadas a apurar graves violações de direitos humanos ocorridas no período de exceção¹²⁴.

2.3 A ADPF n.153 E O BLOQUEIO DA JUSTIÇA PENAL NO BRASIL

Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153. A ação visava conferir interpretação conforme à Constituição de 1988 ao artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/79¹²⁵, para o fim de excluir os crimes comuns considerados conexos aos crimes políticos da anistia concedida aos agentes da repressão, tratando tais delitos como crimes contra a

¹²² GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. p. 123-159.

¹²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 132-135.

¹²⁴ CASTRO, Juliana Passos de; ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de. Justiça transicional: o modelo chileno. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015. p. 216-217.

¹²⁵ “Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 09 mar. 2011.

humanidade, passíveis de investigação e punição, dada a imprescritibilidade destes crimes.

Prestadas as informações pelas autoridades responsáveis pela edição do ato atacado, o Congresso Nacional e a Presidência da República – representada pela Advocacia-Geral da União, bem como oferecido o parecer pela Procuradoria-Geral da República e colhidas as manifestações dos *amici curiae*¹²⁶, o julgamento foi iniciado em 28 de abril de 2010.

Em seu voto vencedor, o Ministro Eros Grau entendeu que a revisão da lei não poderia ser feita pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, já que o diploma atacado era fruto de um acordo político travado entre o regime e a oposição, o qual resultou em uma anistia ampla, geral e irrestrita em relação aos crimes políticos e conexos cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O principal argumento utilizado para respaldar tal tese seria inferido a partir da edição sucessiva de certos atos normativos que viriam a referendar a posição tomada pelo Poder Legislativo em 1979.

Na concepção do Ministro, a qual reverbera certas posições tomadas no âmbito da produção acadêmica¹²⁷, a nova ordem constitucional, iniciada a partir da edição da Emenda Constitucional nº 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, integrou a anistia então concedida¹²⁸. Assim, como este texto normativo

¹²⁶ Na lição de Damares Medina, o *amicus curiae* “é um terceiro que que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva singular acerca da questão constitucional controvertida. Além disso, ele pode apresentar informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal. Por fim, mas não menos importante, o *amicus* pode atuar na defesa de interesses dos grupos por ele representados no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.” (MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010). Acerca da abertura da jurisdição constitucional nestes termos, cf. BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: uma estudo comparado à luz das experiências Americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

¹²⁷ “Quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os arts. 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos arts. 47 e 48 que está sendo utilizada, mas outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157).

¹²⁸ “A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, § 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos

deu origem à Carta Política de 1988, a emenda em questão foi incorporada ao chamado “bloco de constitucionalidade” que compõe a atual ordem constitucional. Portanto, à luz deste particular entendimento, eventual revisão acerca dos termos da anistia garantida pela Lei nº 6.683/79 deveria ser conduzida pelo Poder Legislativo.

Quanto à extensão da anistia, principal ponto questionado pela arguente, o Ministro Eros Grau procurou demonstrar, à luz da história legislativa existente sobre outros casos de concessão de anistia política, que a extinção da punibilidade não abarcava apenas os crimes de natureza política, mas também os que lhe eram conexos, como comprovariam textos normativos expedidos desde 1916.

Quanto à suposta ofensa ao princípio republicano, o Ministro ponderou que, caso tal argumento veiculado na inicial fosse levado a sério, toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria formalmente inconstitucional à luz deste preceito fundamental.

Por sua vez, o voto da Ministra Cármen Lúcia, muito embora tenha afirmado a existência e a importância do direito à verdade em sua dupla dimensão, também encampou a visão histórica adotada pelo relator no que se refere ao acordo político que conduziu a edição da Lei nº 6.683/79, salientando que a discussão e a passagem da lei consubstanciaram o primeiro passo formal que deflagraria o processo participativo da sociedade nos eventos que levariam à abertura política.

A magistrada registrou ainda que o objeto da ação visava, em verdade, reinterpretar a lei de forma distinta de seu contexto original, o que configuraria uma indesejada retroatividade *in pejus* da norma, o que é vedado em matéria penal. Não obstante tenha afirmado que o diploma concebido em 1979 possuía suas vicissitudes, esta configurou a opção viável naquele momento, sendo interdito àquela Corte “julgar o passado com os olhos apenas de hoje”¹²⁹.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a julgar pela procedência do pedido feito na ADPF, argumentando para tanto que os crimes comuns não foram abrangidos pela anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979, sendo que a motivação política deveria ser analisada caso a caso e, ausente esta, haveria o dever do

Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, n. 145, Brasília, DF, p. 69.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, n. 145, Brasília, DF, p. 96.

Estado em abrir perseguições penais contra os possíveis autores dos delitos. De modo a parametrizar o *distinguishing* a ser realizado nas instâncias ordinárias, o Ministro citou o famoso “Caso Battisti”, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, no qual se assentou que a motivação política não desconfigura a natureza do crime comum. Naquela oportunidade, a Suprema Corte assentou que a prática de crimes violentos praticados contra a pessoa desvirtua a natureza de crime política, vez que desborda dos limites da ação de resistência a uma dada posição.

Destacou também que, ainda que estivesse em curso um conflito armado em território brasileiro, tal circunstância não retira a obrigação dos agentes estatais de respeitar as normas oriundas do Direito Internacional Humanitário, aplicáveis por força de compromissos assumidos pelo Brasil desde o início do século XX.

Assim, na parte dispositiva de seu voto, o Ministro reforçou que, julgada procedente a arguição, a questão deveria ser apreciada caso a caso, “mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios para caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns, com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos”¹³⁰.

O Ministro Carlos Ayres Britto também votou pela procedência da ação, ao salientar que a teleologia da lei não abarca a anistia de crimes hediondos como tortura e estupro, salientando que a interpretação correta acerca da previsão atacada deveria ser realizada à luz da vontade objetiva da lei, e não por meio de valorações acerca da intenção subjetiva do legislador. Em sua visão, a natureza dos crimes cometidos durante o período de exceção demonstra sua incompatibilidade com a noção de crimes políticos e os que a eles são conexos.

Em posição contrária à do relator, o Ministro Ayres Britto dissentiu quanto ao verdadeiro significado da edição da Emenda Constitucional nº 26/85, a qual teria apenas convocado a Assembleia Nacional Constituinte, que, ante sua própria natureza, era incondicionada à ordem até então vigente, vez que veiculava o poder fundador e supremo da produção normativa que viria a compor a nova ordem jurídico-constitucional.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, n. 145, Brasília, DF, p. 96.

O Ministro Gilmar Mendes, ao votar pela improcedência da ADPF, consignou que a anistia concedida era ampla, geral e irrestrita, já que se trata de ato eminentemente político cuja discussão cabe somente ao Congresso Nacional. Na mesma direção do relator, entendeu ser inviável a modificação dos contornos originais da lei atacada, sob pena de repercutir nas próprias bases da Constituição hoje vigente e da vida político-institucional que se verificou a partir de então.

A Ministra Ellen Gracie, em sucinto voto, julgou improcedente a arguição, afirmando estar de acordo com a avaliação histórica empreendida pelo Ministro Eros Grau, sobretudo no que dizia respeito ao regramento passado da concessão de anistia política. Em sua visão, o objetivo a ser atingido por meio da edição da Lei nº 6.683/79 era o estabelecimento futuro de uma democracia estável, de modo que o preço que a sociedade brasileira pagou para conseguir a realização de eleições livres foi o de verem anistiados os crimes cometidos nos porões da ditadura.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, rejeitou o pedido veiculado na ação, veiculando o particular entendimento de que anistia, nos contornos dado pela Lei nº 6.683/79, significava perdão e esquecimento. Ademais, salientou que a procedência do pedido não surtiria qualquer efeito prático, vez que as pretensões nas esferas cível e penal não seriam concretizadas em razão da prescrição que albergaria os fatos ocorridos durante o período de exceção.

O Ministro Celso de Mello, ao compor a maioria que julgou improcedente o pedido, também avaliou que a lei nasceu de um consenso oriundo de diversos segmentos sociais, de modo a viabilizar a transição do regime de exceção para a democracia. Ressaltou que, à época da elaboração da Lei nº 6.683/79, não haviam óbices legais para a concessão de anistia dos crimes comuns que fossem conexos aos políticos, situação que seria modificada apenas a partir da Carta de 1988. Neste panorama, o Congresso Nacional constituído à época poderia legitimamente realizar tal opção política sem vulnerar a ordem jurídica existente.

Em ponto polêmico da decisão, o Ministro Celso de Mello referiu-se à construção emanada do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação às leis de autoanistia, em especial os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos já citados nos pontos precedentes. Na avaliação do Ministro, o diploma brasileiro não se enquadra na definição de “leis de autoanistia”, tal como dada pela Corte de São José da Costa Rica, já que a norma questionada possuía caráter

bilateral, estendendo tanto aos opositores do regime quanto aos agentes que promoveram a repressão estatal. Assim, operou um *distinguishing* em relação aos fatos verificados na Argentina, Chile e Uruguai, já que o contexto brasileiro seria inteiramente distinto do que fora percebido nestes países.

Ao proferir o voto final – mas não decisivo – do julgamento, o então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, frisou que a Lei nº 6.683/79 transcendeu o campo dos delitos políticos ou que foram praticados sob motivação política. Em seu entendimento, a equivocidade do texto normativo deveria ser interpretada de forma ampla, e não restrita, de forma a dar como anistiados os crimes conexos.

Ainda, ponderou, na linha da argumentação avançada pelo Ministro Celso de Mello, de que o diploma atacado não veiculou uma autoanistia, vez que foi discutido no âmbito do Poder Legislativo, mediante amplo debate travado entre as partes interessadas.

Examinadas as razões de decidir empregadas pelo Supremo Tribunal Federal para assentar a recepção, pela Constituição da República de 1988, da Lei nº 6.683/79, passa-se agora à análise crítica de tal decisão, a partir dos marcos da teoria da argumentação e do constitucionalismo democrático.

2.4 AS REAÇÕES CONTRÁRIAS À ADPF N. 153

O julgamento realizado na ADPF nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal constitui alvo contundente de críticas por parte da comunidade acadêmica, tornando-se uma das mais objetáveis decisões já proferidas por aquela corte. De fato, a partir de diferentes perspectivas e recortes, os argumentos empregados pelos ministros são constantemente infirmados e postos à prova de outras linhas argumentativas possíveis, sobretudo à luz do Direito comparado e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No presente item, buscar-se-á sumarizar as principais críticas aventadas à decisão, bem como analisar como este julgado provocou reações e movimentos por parte de instituições – nacionais e internacionais – e da sociedade civil organizada.

De início, sobreleva notar que o argumento histórico presente no voto do relator acabou por ganhar contornos muito maiores do que outras questões igualmente relevantes, tal como o argumento do Direito comparado acerca da resolução da questão controvertida em outros ordenamentos jurídicos, como na Argentina e Chile, conforme análise empreendida nos itens antecedentes deste capítulo. Na arguta crítica realizada por Juliano Zaiden Benvindo e Fernando José Gonçalves Acunha, o uso do recurso histórico – através de uma leitura discutível – não pode prescindir do necessário respaldo na ordem constitucional pátria, ao contrário do que o voto condutor acabou por referendar:

[É] destacado que qualquer argumento deve buscar concomitantemente fundamentação histórica e no texto constitucional (a adequação não apenas ao passado histórico, mas aos princípios presentes, será retomada adiante). Ou seja, fica mais claro ainda que uma interpretação amparada apenas no passado e que não se fundamente na Constituição não poderá ter vez no ordenamento jurídico, o que deveria ser ainda mais seriamente levado em consideração quando se sabe que a decisão do caso foi proferida por membros de um Tribunal que tem na guarda da Constituição e de sua aplicação efi caz sua mais nobre tarefa. A jurisdição constitucional (que, contrariando uma leitura que parece corrente na doutrina brasileira, não se resume, em absoluto, ao STF) não pode, por razão nenhuma, desestimar a aplicação da Constituição em favor da vinculação a uma imagem construída do passado.

O voto do Min. Eros Grau no acórdão da ADPF 153 enveredou por caminho completamente distinto. Todas as suas bases de fundamentação estão ligadas (a) ao entendimento do significado, em 1979, dos fatos que conduziram à aprovação da Lei da Anistia e (b) à tradição de precedentes adotados pelo Poder Judiciário em geral, e pelo STF em particular, em relação às sucessivas leis de anistia promulgadas na história brasileira, cuja linha de raciocínio leva a considerar que a anistia seria um “perdão” para ambos os lados, uma resposta final e satisfatória para um conflito que deveria ser esquecido.

Para dizer de outra forma, o voto condutor do julgamento na ADPF 153 adota argumentos de claras conotações originalistas quanto à Lei n. 6.683/79 e tradicionalistas em relação à anistia em geral e à sua representação histórica na linha de precedentes do STF como fundamento da decisão prolatada¹³¹.

Com efeito, além de cancelar uma interpretação histórica acerca do movimento da Anistia que se defronta com a perspectiva trazida pelas vítimas e seus familiares, que denunciavam a leitura de que a lei seria produto de um “acordo

¹³¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, Direito e História: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, Itajaí, v. 17, n. 2, mai/ago. 2011. p. 195. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3967>>. Acesso em: 07 out. 2016.

político”, o voto do relator não realiza o necessário cotejo com os dispositivos tidos como violados, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana. Acerca do referido princípio, a compreensão que melhor procura alocar a norma no âmbito da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos direitos fundamentais é aquela que visualiza a dignidade da pessoa humana como uma lente hermenêutica, a qual analisa os diferentes fenômenos que possuem expressão jurídica e os interpreta à luz do valor intrínseco que a pessoa humana possui, alinhado com os demais valores que orientam a ordem constitucional¹³².

Portanto, sob o prisma da argumentação jurídica, decidir é argumentar e, dessa maneira, “o uso de estratégias para conferir uma aparência de racionalidade à escolha impõem desafios importantes”, já que enfrentam as premissas da previsibilidade e da segurança que caracterizam esta construção teórica destinada a conferir maior racionalidade ao discurso prático dos juristas¹³³.

Quanto à dissidência, manifestada nos votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, nota-se a ausência de um diálogo mais articulado com as fontes normativas oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos fundamentos certamente contrariam frontalmente as premissas evocadas nos votos dos Ministros que formaram a maioria, sobretudo no que tange ao regime da prescrição das violações de direitos humanos verificadas no período ditatorial.

Este acervo normativo viria a ser amplamente explorado pela Corte Interamericana de Direitos quando do julgamento do caso “Gomes Lund e Outros v. Brasil”, ocorrido em 24 de novembro de 2010. A demanda foi originada de uma petição apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e pela *Human Rights Watch* das Américas, em 7 de agosto de 1995, que foi admitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 6 de março de 2001, sendo encaminhada à apreciação da Corte em 26 de março de 2009.

¹³² Para um maior desenvolvimento acerca do papel da dignidade da pessoa humana na interpretação e aplicação do Direito, sobretudo em controvérsias constitucionais, cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹³³ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, set/dez. 2016. p. 228-229. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46712/29832>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Pleiteava-se, naquela oportunidade, o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas que foram alvo de operações realizadas pelo Exército brasileiro com o fim de combater a chamada “Guerrilha do Araguaia”. A Comissão Interamericana solicitou que a Corte pronunciasse a violação artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção.

Em sua sentença, o tribunal internacional condenou o Brasil pelas violações apontadas pela Comissão, ocorridas à época do regime de exceção e as posteriores ações e omissões decorrentes do inadequado tratamento da questão da responsabilização penal dos agentes da repressão. A Corte entendeu que a Lei nº 6.683/79 efetivamente representava um óbice à instauração de investigações penais, de modo que sua vigência representava uma violação permanente dos direitos humanos das vítimas do regime ditatorial¹³⁴.

Em relação à suposta prescritibilidade dos crimes cometidos durante a ditadura, a Corte de São José pontificou que as ações praticadas durante o período de exceção configuram crimes contra a humanidade, o que atrai a necessidade de tratá-los de forma diferenciado, à luz do estatuto jurídico que os caracteriza:

23. Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para

¹³⁴ “A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (supra pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 172. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia.

24. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou, em 26 de novembro de 1968, a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Deve-se identificar como característica desta convenção que ela não é criadora-inovadora do Direito, mas sim consolidadora, razão pela qual ainda que não ratificada ela deverá ser aplicada pelo Estado. Na mesma esteira, em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra.

25. Assim o fizeram não por uma imposição de tratativas. Não é fruto, pois, de conclusão alcançada por meio do processo de negociação, assinatura, ratificação e referendo parlamentar que pressupõe toda a adoção de tratado internacional. A bem da verdade, esses instrumentos supranacionais só fazem reconhecer aquilo que o costume internacional já determinava. 26. Também ocorreu, no tocante à Convenção de Viena de 1969, tratado multilateral de consolidação das regras costumeiras de celebração de tratados entre Estados soberanos. Desde a sua efetiva entrada em vigor em âmbito internacional, em 1980, passaram-se longos 29 anos até que o Brasil internalizasse a Convenção, vindo a fazê-lo sob a imposição de duas reservas aos termos da Convenção. 27. Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153)¹³⁵.

Outro ponto relevante e diametralmente oposto à posição sufragada pelo Supremo Tribunal Federal consistiu na conceituação da Lei nº 6.683/79 como lei de autoanistia. Nesta quadra do julgamento, a Corte Interamericana entendeu ser irrelevante tal categorização, vez que a adoção da lei acabou por veicular a impunidade das graves violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos cometidas pelo regime militar¹³⁶. Assim, em razão de sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, as disposições da Lei nº 6.683/79 que

¹³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafos 23-25. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

¹³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 175. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

afetam a obrigação de investigar e sancionar os crimes contra a humanidade carecem de efeitos jurídicos.

Na linha do que foi veiculado no caso “Almonacid Arellano e Outros v. Chile”, a Corte Interamericana registrou que o Supremo Tribunal Federal não realizou o controle de convencionalidade da Lei nº 6.683/79 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, violando os artigos 8 e 25 deste diploma¹³⁷.

De acordo com a análise empreendida por André de Carvalho Ramos, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal passaria pelo crivo do controle de constitucionalidade, mas não sob o escrutínio do controle de convencionalidade¹³⁸.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha se debruçado sobre a questão, uma nova ADPF (de nº 320) foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a qual almeja o cumprimento da decisão proferida pela Corte Interamericana no caso “Gomes Lund”, a qual deve observada por todos os órgãos do Estado brasileiro¹³⁹.

Na esteira do que anota Virgílio Afonso da Silva acerca dos conflitos normativos entre diferentes ordens jurídicas¹⁴⁰, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que não seja cumprida de forma cega pelo Estado brasileiro, certamente impõe um ônus argumentativo enorme ao Supremo Tribunal Federal para rejeitar os fundamentos utilizados pelo tribunal internacional, o que provavelmente influirá na análise e julgamento da ADPF nº 320.

¹³⁷ CALDAS, Roberto Figueiredo. A condenação do Brasil no caso Guerrilha do Araguaia e o controle de convencionalidade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015. p. 456-459.

¹³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397.

¹³⁹ Conforme notícia veiculada no sítio do tribunal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267078>>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹⁴⁰ “As diferenças entre o sopesamento do tribunal alemão e da corte européia apenas demonstram que a aposição de um nível transnacional torna o procedimento ainda mais complexo. Quanto a isso, não há nenhuma dúvida. Mas, ao mesmo tempo, e isso é aqui de extrema importância, essa nova tensão entre essas duas ordens pode ter o efeito benéfico de incluir mais parâmetros concretos para a aplicação do direito - e para o sopesamento - no âmbito nacional: rejeitar decisões supranacionais é possível, mas o ônus argumentativo é enorme. Como se vê, a partir da idéia de que não existe uma vinculação pura e simples (ou uma não-vinculação pura e simples) entre essas duas ordens, é possível interpretar a tensão entre elas como uma criação de ônus argumentativo adicional. Com isso, a racionalidade e a possibilidade de diálogo intersubjetivo tendem apenas a aumentar.” (SILVA, Virgílio Afonso da. In: Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 110-111).

Evita-se, dessa maneira, que a análise da temática se paute, no dizer de Daniel Sarmiento¹⁴¹, por um constitucionalismo provinciano e, portanto, cancelar a decisão tomada pelo STF, tampouco se deixe levar por um imperialismo internacionalista, no caso de reconhecer o acerto da decisão da Corte Interamericana.

Portanto, tendo em vista que ambos os tribunais novamente se debruçarão sobre a questão, mostra-se razoável não afirmar a prevalência *prima facie* de uma decisão em face da outra, ainda que, pelos fundamentos aqui expostos, o julgado da Corte de São José da Costa Rica possua maior higidez argumentativa e, quiçá, probatória acerca da legalidade – em sentido lato – da Lei de Anistia promulgada pelo Estado brasileiro.

Compondo o quadro de reações contrárias ao julgamento proferido pelo STF na ADPF nº 153, destacam-se as diversas atividades desenvolvidas pelo Ministério Público Federal no âmbito da responsabilização penal dos agentes que cometeram crimes contra a humanidade durante a ditadura militar brasileira¹⁴². Neste cenário, o Ministério Público Federal promoveu diversas persecuções penais em face de militares que ingressaram em atos de sequestro qualificado e ocultação de cadáver, crimes de caráter permanente¹⁴³, reprisando a estratégia desvelada na experiência chilena antes da decisão tomada no caso “Almonacid Arellano e Outros v. Brasil”. No entanto, o óbice imposto pelo *decisum* veiculado na ADPF nº 153 acaba por causar a rejeição das denúncias oferecidas pelo Ministério Público, tendo em vista o caráter vinculante que possui o julgado da Suprema Corte¹⁴⁴.

No entanto, as ações penais constituam a ser oferecidas pelo *Parquet*, de modo a suscitar uma eventual mudança de orientação por parte da Justiça Federal e, por extensão, os tribunais regionais e superiores. Tal atividade é exercida

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia do Prado. **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos na jurisprudência do STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁴² MARX, Ivan Cláudio. Atuação do Ministério Público Federal na justiça transicional brasileira. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

¹⁴³ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Relatório do Grupo de trabalho “Justiça de Transição”**: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013. Brasília: 2ª CCR, 2014. Todas as ações penais propostas pelo Ministério Público Federal estão dispostas na relação disponível em <<https://cjt.ufmg.br/index.php/ditadura-e-responsabilizacao/acoes-criminais/>>. Acesso em 31 jan. 2017.

¹⁴⁴ Artigo 10, § 3º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

primordialmente pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, responsável pela atuação do órgão na esfera criminal, bem como pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, esta responsável pela tutela dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais. É imperioso notar que, conforme orientação esposada pela própria instituição, a investigação dos crimes cometidos durante o regime militar é uma das prioridades relacionadas pelo Ministério Público Federal¹⁴⁵ em sua atuação na área penal.

Como bem observa Marcelo Torelly, a atuação do Ministério Público Federal nesta seara era extremamente contida¹⁴⁶, tendo, inclusive, se manifestado pela improcedência da ADPF nº 153, conforme parecer acostado naqueles autos, lavrado pelo então Procurador-Geral da República Roberto Gurgel.

Em parecer oferecido na ADPF nº 320, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot alinhou-se ao entendimento perfilhado pelos membros oficiantes nas ações penais instauradas perante a Justiça Federal, para o fim de aderir à tese do duplo controle de normas e, assim, manifestou-se pela invalidade da Lei nº 6.683/79 e sua não-aplicabilidade aos crimes contra a humanidade verificados no período de exceção.

De todas estas ações e reações, depreende-se a existência de uma articulação destinada a infirmar a tese esposada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, questionando abertamente as premissas e as razões de decidir utilizadas pela corte para declarar a validade da Lei de Anistia e, assim, bloquear a realização do eixo da justiça penal no Brasil.

Nos termos da corrente denominada “Constitucionalismo Democrático”, o Direito se assume tanto por sua autoridade quanto por sua responsividade democrática¹⁴⁷. Assim, ainda que a decisão sufragada pelo STF possua autoridade formal, carece do necessário comprometimento com as demandas trazidas pelas vítimas da ditadura militar brasileira. Da mesma forma, as manifestações e reações contrárias à interpretação da Constituição e outras normas jurídicas feita pelo Poder

¹⁴⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Vivemos um momento de muita intolerância com a opinião do outro. **Estadão**, 14 ago. 2016. Entrevista concedida a Julia Affonso. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/vivemos-um-momento-de-muita-intolerancia-com-a-opinio-do-outro/>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁴⁶ TORELLY, Marcelo D. **Governança transversal dos direitos humanos: experiências latino-americanas**. Tese de doutorado em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016.

¹⁴⁷ POST, Robert. SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Judiciário acabam por ampliar a legitimidade democrática do sistema jurídica como um todo¹⁴⁸.

A realização da justiça penal no Brasil adentra em um caminho paradoxal. O Judiciário nacional encontra-se dividido no que tange ao recebimento de denúncias que envolvem crimes cometidos durante a ditadura militar, ora acolhendo a tese avançada pelo Ministério Público Federal, ora se resguardando no *decisum* constante da ADPF nº 153. Por sua vez, os Poderes Executivo e Legislativo, também responsáveis pela promoção da necessária adequação do direito interno às obrigações advindas dos instrumentos internacionais que o Estado ratificou, mostram-se omissos no cumprimento destes deveres. Assim, apesar dos avanços notáveis advindos com a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund”, a responsabilização penal dos autores de graves violações aos direitos humanos no período ditatorial ainda pende de maior desenvolvimento por parte do Estado brasileiro.

¹⁴⁸ KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

3. GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO E A PROMESSA DE UM NOVO HORIZONTE

Vistos os processos pelos quais a justiça de transição atua para remediar violações de direitos humanos ocorridas no passado, em contextos autoritários, se faz necessário descobrir como as políticas pós-conflito também se dirigem ao futuro, por meio da adoção de mecanismos e ações que visam compor uma atuação de caráter preventivo para respeitar e garantir os direitos humanos, evitando-se assim uma direção meramente repressiva às violações que já se concretizaram.

Nesta direção, a justiça de transição, por meio das garantias de não-repetição, procura se desvencilhar da atuação pós-violatória que por muito tempo caracterizou o regime de responsabilização por atos que importam em violações de direitos humanos. De forma exemplificativa, confira-se o teor da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, adotada em 11 de dezembro de 1948, que elenca diversas disposições que tratam das medidas sancionatórias cabíveis aos atos que constituem genocídio, mas não há uma disposição específica sobre a adoção de uma política preventiva, salvo o dever genérico de adotar as medidas apropriadas para prevenir a ocorrência de atos de genocídio, na forma do artigo 8º do instrumento.

Como bem expõe David Sánchez Rubio, não é suficiente apenas criar uma consciência e uma cultura jurídica voltadas para a proteção, mas sobretudo é necessário acentuar a dimensão pré-violadora dos direitos humanos¹⁴⁹. Trata-se, portanto, do grande desafio que ocupa a teoria jurídica atinente à proteção aos direitos humanos, que passa a se preocupar com a sua efetividade e realização do que com a sua fundamentação jurídico-filosófica¹⁵⁰.

Este dever de prevenir violações foi definido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua primeira sentença em um caso contencioso, conforme se extrai da seguinte passagem do paradigmático caso “Velásquez Rodríguez”:

¹⁴⁹ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Trad. de Ivone Fernandes Mocilho Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁵⁰ “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justifica-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 23).

174. O Estado tem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente, com os meios a seu alcance, as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, impor as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação. 175. O dever de prevenção abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais. Não é possível fazer uma enumeração detalhada dessas medidas, que variam segundo o direito em questão e segundo as condições próprias¹⁵¹.

Tal assertiva foi posteriormente desenvolvida em casos futuros, de modo a fornecer reparações que efetivamente evitassem a ocorrência de fatos semelhantes *a posteriori*.

3.1 GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A noção de garantias de não-repetição está intrinsicamente relacionada com o sistema de reparações em virtude da responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos. No entanto, como já ressaltado, as medidas que integram esta noção não se destinam apenas a remediar as transgressões cometidas às vítimas pelo Estado, mas também a sociedade em geral, sob pena de que denúncias de violações semelhantes novamente sejam apresentadas perante os mecanismos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

Apesar de constituir o vocabulário e a práxis dos diversos sistemas que se destinam a proteger a pessoa humana, a gênese das garantias de não-repetição é aferida por meio da atuação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, tratando-se de mais uma marca que o distingue substancialmente dos mecanismos regionais e global de proteção aos direitos humanos.

A abordagem adotada pelo sistema interamericano de direitos humanos compreende cinco espécies de medidas de cunho reparatório, quais sejam:

¹⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Paraguai**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 174. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

restituição, compensação, reabilitação, medidas de satisfação e garantias de não-repetição. A restituição destina-se a restaurar o *status quo ante*, como o retorno à propriedade que antes fora tomada da vítima. A compensação, por sua vez, visa reparar os danos sofridos pela vítima em razão dos atos ilícitos cometidos pelo Estado condenado, compreendendo ainda os custos efetuados durante o trâmite do litígio internacional, sendo efetividade por meio de uma parcela única ou de uma pensão mensal. A reabilitação se relaciona com o devido tratamento às vítimas que sofreram abalos em sua integridade física e mental, destinando-se ao oferecimento de atendimento psicológico, social e médico a estes atingidos. As medidas de satisfação compreendem o reconhecimento público do Estado pelas transgressões por ele cometidas, o qual se assume por meio de memoriais, homenagens em prédios públicos, pedidos de desculpas e, principalmente, efetivas investigações sobre os fatos que ensejaram a sua responsabilização no plano internacional¹⁵².

As garantias de não-repetição, que merecem tratamento apartado, reúnem medidas que visam atingir um padrão estrutural de direitos humanos, de modo a interromper o ciclo de abusos que é desvelado no bojo de uma dada controvérsia submetida ao sistema interamericano de direitos humanos. Tais reparações não se destinam apenas às vítimas individualizadas e identificadas no caso sob apreço, mas principalmente aos demais implicados nos processos de violação de direitos humanos que possuem caráter estrutural¹⁵³.

Dentre as medidas em espécie que compõem este tipo de reparação, destaca-se a capacitação de agentes encarregados de lidar com situações que podem configurar violações de direitos humanos, como agentes carcerários, policiais, promotores, juízes, entre outros funcionários públicos e autoridades¹⁵⁴. No caso “Gomes Lund”, analisado no capítulo anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Brasil implementasse programas de educação em direitos humanos, em caráter permanente e obrigatório, no âmbito das Forças Armadas:

¹⁵² MOFFETT, Luke. Transitional justice and reparations: remedying the past? **Queen's University Belfast Law Research Paper**, n. 6, fev. 2015. p. 5. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2564520>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹⁵³ PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 212.

¹⁵⁴ PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 213.

283. A Corte considera de maneira positiva a informação do Brasil sobre os programas de capacitação das Forças Armadas. Este Tribunal julga importante fortalecer as capacidades institucionais do Estado, mediante a capacitação de integrantes das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos e os limites a que devem ser submetidos. Para essa finalidade, o Estado deve dar prosseguimento às ações desenvolvidas e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, destinado a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Como parte dessa formação, deverá ser incluída a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, de outras graves violações aos direitos humanos e à jurisdição penal militar, bem como às obrigações internacionais de direitos humanos do Brasil, derivadas dos tratados nos quais é Parte¹⁵⁵.

A mesma medida foi adotada no caso “Gelman v. Uruguai”, o qual assentou a responsabilidade internacional do Estado uruguaio pela ausência de investigações e processamento de graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura civil-militar que vigeu no período de 1973 a 1985¹⁵⁶.

Outra importante garantia de não-repetição está relacionada com a necessidade de o Estado promover reformas legislativas, de modo a interromper a vigência de um diploma normativo tido como incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No também já referido caso “Almonacid Arellano”, a Corte determinou a não-aplicação do Decreto-Lei nº 2.191 às perseguições penais que envolvam crimes contra a humanidade cometidos durante o regime militar, bem como a não-aplicação de outras causas legais que importem em violação aos deveres advindos da Convenção Americana, como a prescrição ou excludentes de ilicitude¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 283. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

¹⁵⁶ “Em atenção ao constatado nos autos, o Tribunal estabelece que, sem prejuízo dos programas de capacitação para funcionários públicos em matéria de direitos humanos que já existam no Uruguai, o Estado deve implementar, no Centro de Estudos Judiciais do Uruguai, em um prazo razoável e com a respectiva disposição orçamentária, programas permanentes sobre direitos humanos dirigidos aos agentes do Ministério Público e aos juízes do Poder Judiciário do Uruguai, que contemplem cursos ou módulos sobre a devida investigação e o julgamento de fatos constitutivos de desaparecimento forçado de pessoas e de subtração de crianças.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai**. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, parágrafo 278. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.)

¹⁵⁷ “151. O Estado não poderá arguir nenhuma lei nem disposição de Direito Interno para eximir-se da ordem da Corte de investigar e sancionar penalmente os responsáveis pela morte do senhor Almonacid Arellano. O Chile não poderá voltar a aplicar o Decreto Lei nº 2.191, por todas as considerações elencadas na presente Sentença, em especial as incluídas no parágrafo 145. Mas, além disso, o Estado não poderá argumentar a prescrição, irretroatividade da lei penal, nem o

De igual maneira, no caso “Olmedo Bustos e Outros v. Chile”, decidido em 5 de fevereiro de 2001, a Corte Interamericana ordenou que o Estado adequasse sua legislação interna à luz do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que a Constituição chilena, editada durante o governo de Pinochet, estabelecia um sistema de censura para a exibição e publicidade de produções cinematográficas¹⁵⁸.

Além das necessárias reformas legislativas e da capacitação de agentes públicos, há ainda o comprometimento dos Estados em adequar suas instituições ao regime democrático e à proteção dos direitos humanos. Em contextos autoritários, a expansão da jurisdição militar em relação aos civis é uma das principais características que definem a repressão levada a cabo pelo Estado, haja vista que a justiça castrense é composta, em sua maioria, por oficiais das Forças Armadas, sendo suscetível de maior ingerência por parte do regime de exceção¹⁵⁹.

No caso “Loayza Tamayo e Outros v. Peru”, os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Oliver Jackman entenderam que os tribunais militares não cumprem com os *standards* de imparcialidade e independência impostos pelo artigo 8 da Convenção Americana, violando a garantia do devido processo legal protegido

princípio ne bis in idem, assim como qualquer excludente similar de responsabilidade, para excusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 151. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.)

¹⁵⁸ “87. No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial.²¹ A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção. 88. No presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno (artigo 19, inciso 12, da Constituição Política e Decreto-Lei número 679), o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma, como estabelecem os artigos 2 e 1.1 da Convenção.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) Vs. Chile**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001, parágrafos 87-88. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.)

¹⁵⁹ Para um exame acurado da justiça militar no contexto das ditaduras militares que governaram países do Cone Sul, cf. PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. de Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

pelo mencionado artigo¹⁶⁰. Esta posição viria a se verificar, dentre outros casos, no julgamento do caso “Radilla-Pacheco e Outros v. México”, conforme seguinte trecho da decisão da Corte:

Em um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter um alcance restritivo e excepcional e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares. Por isso, o Tribunal afirmou anteriormente que, no foro militar, somente devem ser julgados militares ativos pelo cometimento de crimes ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar.

Além disso, [...] levando em consideração a natureza do crime e do bem jurídico lesado, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, mas o julgamento dos responsáveis corresponde sempre à justiça ordinária. Nesse sentido, em múltiplas ocasiões a Corte afirmou que, “[q]uando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, vê-se afetado o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo”, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça. O juiz encarregado do conhecimento de uma causa deve ser competente, além de independente e imparcial.

[F]rente a situações que violem direitos humanos de civis, sob nenhuma circunstância pode operar a jurisdição militar.

A Corte [destacou] que, quando os tribunais militares conhecem de atos constitutivos de violações de direitos humanos contra civis, exercem jurisdição não apenas a respeito do acusado, o qual necessariamente deve ser uma pessoa com status de militar na ativa, mas também sobre a vítima civil, que tem direito de participar no processo penal não apenas para efeitos da respectiva reparação do dano, mas também para fazer efetivos seus direitos à verdade e à justiça [...]. Nesse sentido, as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm direito de que tais violações sejam conhecidas e resolvidas por um tribunal competente, de acordo com o devido processo e o acesso à justiça. A importância do sujeito passivo ultrapassa a esfera do âmbito militar, já que se encontram envolvidos bens jurídicos próprios do regime ordinário¹⁶¹.

¹⁶⁰ “Se bem é certo que, neste caso, os referidos tribunais absolveram a detida, pensamos que os tribunais militares especiais, compostos por militares nomeados pelo Poder Executivo e subordinados aos canhões da disciplina militar, assumindo uma função que compete, especificamente, ao Poder Judiciário, dotado de jurisdição para julgar não somente os militares, mas também os civis, que emitem sentenças – como no presente caso – desprovidas de motivação, não atingem os patamares das garantias de independência e imparcialidade exigidas pelo artigo 8º(1) da Convenção Americana, como elemento essencial do devido processo legal.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo e Outros Vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Voto concorrente conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Jackman. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2227caso.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2016.)

¹⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Radilla-Pacheco Vs. México**. Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Portanto, a jurisdição militar deve se ater ao processamento e julgamento de oficiais, devendo incidir apenas em circunstâncias muito limitadas em relação a civis – seja como vítima ou como acusado. Assim, a investigação de graves violações de direitos humanos deve remanescer fora da justiça castrense, na linha do entendimento veiculado pela Corte Interamericana¹⁶².

A própria realização do direito à verdade e à memória, cujo desenvolvimento foi abordado no primeiro capítulo, constitui uma garantia de não-repetição, na medida em que a divulgação dos abusos e erros do passado contribuem para o fortalecimento de uma cultura de proteção aos direitos humanos e valores do Estado Democrático de Direito. Tendo esta perspectiva em mente, a Corte Interamericana já determinou a realização de certas medidas que obrigam o Estado a efetivamente realizar o direito à memória e à verdade não apenas se dirigindo ao passado, mas também formulando uma visão prospectiva acerca de tal problemática.

Assim, a própria instituição de comissões da verdade constitui uma medida de não-repetição, como decidido no paradigmático caso “Gomes Lund v. Brasil”:

297. Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais¹⁶³.

¹⁶² “Em função de tudo o que foi anteriormente dito, em um contexto como o atual em que, com os matizes e proporções aplicáveis a cada caso nacional, a expansão do militarismo tenta evitar os contrapesos e limites jurídicos que correspondem aos Estados Democráticos de Direito, os autores esperam compartilhar com o leitor a convicção de que agir a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos contra a aplicação extensiva da jurisdição militar, representa a reivindicação dessas contensões jurídicas e dos mais altos princípios que estimularam as democracias modernas.” (GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. A restrição à jurisdição militar nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 7, n. 13, p. 95).

¹⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 297. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

Orientação semelhante é perfilhada em casos em que tal instituição já existe, mas cuja atividade não é desempenhada suficientemente à luz dos parâmetros internacionais, principalmente por razões de ordem orçamentária ou mesmo a falta da necessária independência que deve resguardar os mandatos dos membros. Neste sentido foi a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Ticona Estrada e Outros v. Bolívia”, sendo determinado ao Estado que providenciasse o necessário aporte financeiro para o fim de viabilizar o adequado funcionamento do Conselho Interinstitucional para a Clarificação das Pessoas Desaparecidas – CIEDEF¹⁶⁴.

A vanguardista abordagem realizada pelo sistema interamericano de direitos humanos¹⁶⁵, no que diz respeito à adequada reparação às vítimas de graves violações de direitos humanos, surtiu efeitos para além do referido mecanismo, inspirando outros sistemas a uma reflexão mais aprofundada sobre suas respectivas formas de reparar.

A Organização das Nações Unidas adotou, em 16 de dezembro de 2005, os chamados “Princípios e Diretrizes Básicas Sobre O Direito A Recurso E Reparação Para Vítimas De Violações Flagrantes Das Normas Internacionais De Direitos Humanos E De Violações Graves Do Direito Internacional Humanitário”, os quais estabelecem direções para o estabelecimento de recursos internos hábeis a reparar violações de direitos humanos.

O Princípio nº 23 faz expressa referência às garantias de não-repetição que incluem as seguintes medidas: garantia de um controle efetivo das forças militares e de segurança pelas autoridades civis; garantia de que todos os procedimentos civis e militares observam as normas internacionais relativas às garantias processuais, à equidade e à imparcialidade; reforço da independência do Poder Judiciário; proteção dos profissionais das áreas da justiça, da medicina, dos serviços de saúde, dos

¹⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ticona Estrada e Outros Vs. Bolívia**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008, parágrafo 172. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016; PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 223.

¹⁶⁵ Ressalte-se que, ainda que o estudo jurisprudencial tenha se resumido aos casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se apontar que tais medidas são solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua atividade de parte perante o procedimento contencioso regulado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. A questão sobre a origem das garantias de não-repetição ainda pende de maior desenvolvimento teórico.

profissionais da comunicação e dos defensores de direitos humanos; prestação de educação em matéria de direitos humanos e direito humanitário a todos os setores da sociedade e de formação aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como às forças militares e de segurança; promoção da observância de códigos de conduta e normas éticas, em particular normas internacionais, por parte dos funcionários públicos, incluindo funcionários responsáveis pela aplicação da lei e pessoal da administração penitenciária, meios de comunicação social, serviços médicos, psicológicos e sociais e pessoal militar, bem como por parte das empresas; promoção de mecanismos para a prevenção e monitorização de conflitos sociais e sua resolução; e revisão e alteração de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos¹⁶⁶.

Esta interação entre os diferentes mecanismos de proteção à pessoa humana reforçam o caráter positivo destas conversações¹⁶⁷, as quais foram registradas no decorrer deste trabalho, de modo a salientar o caráter transversal que possui a questão atinente à promoção dos direitos humanos e dos valores democráticos, vistos sob a lente específica da justiça de transição.

Assim, visto como o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos compreende o fenômeno das garantias de não-repetição, aplicando-os em contextos de massivas violações de direitos humanos, parte-se para a permeabilidade de tal eixo no cenário brasileiro.

3.2 GARANTIAS DE NÃO-REPETIÇÃO NO BRASIL

Muito embora a noção de garantias de não-repetição tenha feito parte do repertório do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nesta formatação específica, importantes iniciativas podem ser aferidas na recente experiência

¹⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios e Diretrizes Básicas Sobre O Direito A Recurso E Reparação Para Vítimas De Violações Flagrantes Das Normas Internacionais De Direitos Humanos E De Violações Graves Do Direito Internacional Humanitário**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁶⁷ “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (solução de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável.” (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129).

democrática brasileira, sobretudo em razão do garantismo prenunciado pela Constituição da República de 1988 e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Acerca de tal característica, colhe-se a lição de Carlos Weis:

Atenta às transformações globais que já se faziam perceber, a Constituição Federal de 1988 – apropriadamente alcunhada de “Constituição cidadã” pelo saudoso Ulysses Guimarães – incorporou ao Direito Brasileiro as normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.

Tal novidade, de todo oportuna, instaurou situação bastante peculiar, qual seja, a de uma norma da chamada “Lei Maior” de um Estado preveja e permita que os comandos advindos de textos legais internacionais a ela se incorporem, passando a fazer parte do direito interno, de modo a romper, definitivamente, um dos baluartes da chamada soberania nacional absoluta, própria dos Estados nacionais.

Tal situação, desmentindo quem não enxergue no direito internacional dos direitos humanos efetiva força cogente, ao contrário, revela que o impacto de tal recentíssimo ramo jurídico é tamanho a ponto de obrigar os Estados a lhe abrir espaço no corpo normativo e reconhecer que os direitos essenciais dos seres humanos ultrapassam suas fronteiras, eis que se assentam no consenso universal¹⁶⁸.

A primeira iniciativa é verificada por meio da figura dos mandados de criminalização inscritos em normas constitucionais e oriundas de tratados internacionais. Conforme ensinamento de André de Carvalho Ramos, os mandados internacionais de criminalização consistem em cláusulas que estão previstas em tratados internacionais ordenando a tipificação penal de determinada conduta no âmbito de um dado sistema jurídica interno, além de outros atributos justificáveis em relação à gravidade do crime, como a inocorrência de prescrição ou a impossibilidade de extradição¹⁶⁹.

No específico domínio da justiça de transição, certos tratados internacionais veiculam mandados de criminalização que se destinam a coibir a recorrência de certos atos que importam em violações de direitos humanos, como a prática de tortura. O artigo 4º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, adotada no âmbito das ONU e ratificada pelo Brasil em 1989, prevê o dever dos Estados-partes de assegurar que “todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal”.

¹⁶⁸ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 30.

¹⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 275.

Disposição semelhante está inscrita no artigo 6º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada pelo Brasil em 1989, o qual estabelece que os Estados-partes “segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal”, devendo ainda estabelecer “penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade”.

O desaparecimento forçado, outra prática recorrente na práxis da repressão estatal em contextos autoritários, também constitui objeto de mandados de criminalização expressos em dois instrumentos internacionais. O artigo III da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada pelo Brasil em 2016, estabelece o dever dos Estados-partes em tomar “as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade”. O artigo VII estabelece ainda que a “ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição”.

Já a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado da ONU, também ratificada pelo Brasil em 2016, dispõe em seu artigo 3 que os Estados-partes tomarão “as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal”.

Ainda que tais práticas constituam crimes contra a humanidade, compondo o *jus cogens* do Direito Internacional, como já explicitado, é desejável que os Estados tipifiquem as condutas em suas respectivas legislações nacionais, ante a necessidade de maior detalhamento sobre o regime jurídico aplicável e o procedimento a ser observado nestes casos, observando os parâmetros estabelecidos nos instrumentos internacionais ratificados.

A Constituição da República de 1988 também previu a figura dos mandados de criminalização, conforme se depreende da análise das seguintes disposições: artigo 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, artigo 7º, inciso X, artigo 225, § 3º, artigo 227, § 4º, e artigo 243, parágrafo único¹⁷⁰. No âmbito da justiça de transição,

¹⁷⁰ Conforme rol exposto por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. Vide: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 158.

relevante o exame do mandado de criminalização contido no artigo 5º, XLIII, da Carta da República. Com efeito, esta disposição prescreve ao legislador a criminalização da prática de tortura, delito este de caráter inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

A criminalização da prática de tortura seria realizada por meio da edição da Lei nº 9.455, promulgada em 7 de abril de 1997, que assim tipificou a conduta:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Como bem observa Luciano Mariz Maia, o contorno dado à legislação brasileira ampliou o objeto material do tipo penal, abarcando condutas que não são exclusivamente praticadas por agentes públicos, ao contrário do que se verifica dos tratados internacionais adotados no âmbito da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos¹⁷¹.

Ainda na seara do combate à tortura, importante mudança ocorreu a partir da adoção do Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, que prevê, em seu artigo 3 o dever de cada Estado-parte de “deverá designar ou manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. A partir de sua incorporação ao direito pátrio em 19 de abril de 2007, o Brasil adotou o mecanismo preventivo nacional conforme preconiza a Lei nº 12.847 de 2013.

O chamado Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura é composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça

¹⁷¹ MAIA, Luciano Mariz. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. **Revista CEJ**, Brasília, v. 5, n. 14, mai/ago. 2001. p. 44-75.

responsável pelo sistema penitenciário nacional. Cabe ao Mecanismo Nacional realizar visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação, manter amplo diálogo com o Subcomitê de Prevenção à Tortura, dentre outras atribuições.

No entanto, no que se refere à criminalização da prática de desaparecimento forçado, esta tipificação ainda não foi realizada pelo Estado brasileiro, o qual se encontra em mora não apenas com suas obrigações advindas dos instrumentos internacionais específicos sobre a matéria já referidos, mas também perante o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Com efeito, dentre as várias obrigações que foram impostas ao Brasil no caso “Gomes Lund” está a tipificação do delito de desaparecimento forçado:

287. De acordo com o anteriormente exposto, o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e a que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno¹⁷².

Cumprir observar, na linha do que já foi exposto no item 2.4, de que a prática de desaparecimento forçado vem tomando a classificação jurídica de sequestro qualificado, conforme se depreende das ações movidas pelo Ministério Público Federal em relação aos delitos cometidos durante a ditadura militar.

O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade elencou 29 recomendações a serem cumpridas pelo Estado, muitas das quais constituem verdadeiras garantias de não-repetição. Na oportunidade, a CNV consignou a persistência do quadro de graves violações de direitos humanos, de modo que tais recomendações visariam “prevenir graves violações de direitos humanos, assegurar

¹⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 287. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

sua não repetição e promover o aprofundamento do Estado democrático de direito”¹⁷³.

Dentre as reformas normativas, destacam-se as recomendações relativas à revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83)¹⁷⁴, tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado¹⁷⁵, a extinção da Justiça Militar a nível estadual¹⁷⁶ e a exclusão de civis sob jurisdição da Justiça Militar a nível federal¹⁷⁷.

¹⁷³ BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

¹⁷⁴ “37. A atual Lei de Segurança Nacional – Lei no 7.170, de 14 de dezembro de 1983 – foi adotada ainda na ditadura militar e reflete as concepções doutrinárias que prevaleceram no período de 1964 a 1985. A Constituição de 1988 inaugurou uma nova era na história brasileira, configurando a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito, fundado, entre outros princípios, na promoção dos direitos humanos. De forma consistente com essa transformação, impõe-se a revogação da Lei de Segurança Nacional em vigor e sua substituição por legislação de proteção ao Estado democrático de direito.” (BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016).

¹⁷⁵ “38. O direito internacional dos direitos humanos identificou – por meio de tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, entre eles o Estatuto de Roma, constitutivo do Tribunal Penal Internacional – condutas cuja gravidade é extrema e que não podem ser admitidas em nenhuma circunstância. Nesse sentido, recomenda-se o aperfeiçoamento da legislação brasileira para que os tipos penais caracterizados internacionalmente como crimes contra a humanidade e a figura criminal do desaparecimento forçado sejam plenamente incorporados ao direito brasileiro, inclusive com a estipulação legal das respectivas penas. A previsão legal do desaparecimento forçado como tipo penal autônomo e, como afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund, e outros versus Brasil, uma obrigação imposta ao Estado brasileiro pelo direito internacional dos direitos humanos (artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 3º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e artigo 4º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados). O pronto cumprimento do dever de criar um tipo penal autônomo, que contemple o caráter permanente desse crime, até que se estabeleça o destino ou paradeiro da vítima e se obtenha a certificação sobre sua identidade, é fundamental para a coibição do desaparecimento forçado, uma prática ainda presente no Brasil.” (BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016).

¹⁷⁶ 40. De forma consentânea com a recomendação proposta no item anterior, a desmilitarização das polícias estaduais deve implicar a completa extinção dos órgãos estaduais da Justiça Militar ainda remanescentes. Reforma constitucional deve ser adotada com essa finalidade, resultando na previsão unicamente da Justiça Militar federal, cuja competência, conforme ressaltado no item subsequente, devera alcançar apenas os efetivos das Forças Armadas. (BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016).

¹⁷⁷ 41. Ainda com o propósito de circunscrever a competência da Justiça Militar aos efetivos das Forças Armadas, além da extinção da vertente estadual desse corpo judiciário, deverá ser promovida mudança normativa para exclusão da jurisdição militar sobre civis, verdadeira anomalia que subsiste da ditadura militar. Assim, a Justiça Militar, cuja existência deve se restringir ao plano federal, deverá ter sua competência fixada exclusivamente para os casos de crimes militares praticados por integrantes das Forças Armadas. (BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016).

A recomendação atinente à adoção da audiência de custódia (Recomendação nº 25), visando a prevenção da prática de tortura e a ocorrência de prisões ilegais, merece especial destaque em razão da nítida mudança percebida após a edição do Relatório Final da CNV. Tal figura é oriunda da interpretação do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe que em “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei”.

O Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015, aprovou a Resolução nº 213, a qual implementou a audiência de custódia no âmbito do Poder Judiciário, que determina a realização do ato quando há pessoa presa na situação de flagrante delito, a qual deve ser apresentada perante a autoridade judicial competente no prazo de até 24 horas da comunicação do flagrante.

Dentre os atos que compõem a audiência, o artigo 8º da Resolução trata da obrigatoriedade da autoridade juiz “perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis”.

A aludida medida, que visa coibir a prática de tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, deve sua própria existência ao padrão estrutural de violação aos direitos humanos examinado pela Comissão Nacional da Verdade, a qual apontou a persistência de certas práticas, vinculadas ao contexto autoritário, também na vigência do período democrático. De acordo com a *Human Rights Watch*, no Rio de Janeiro, 20% das pessoas que atenderam à uma audiência de custódia relataram a ocorrência de abusos e violações de direitos cometidos por policiais¹⁷⁸. Assim, a adoção da audiência de custódia se dirige a tutelar efetivamente os direitos das pessoas privadas de liberdade, promovendo o rompimento com ações que datam desde o período autoritário, de modo a facilitar abusos e atentados à dignidade de perseguidos políticos.

Cabe ainda referir a existência do chamado “Incidente de Deslocamento de Competência”, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que possui a finalidade de deslocar a competência para a Justiça Federal, visando o conhecimento, processamento e julgamento de casos que envolvam graves violações de direitos humanos. O fundamento por trás da adoção deste mecanismo

¹⁷⁸ HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2015:** Brasil. Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573> > Acesso em 03 jan. 2017.

reside na circunstância de que a responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos, quando assentada no bojo de procedimentos contenciosos carreados por órgãos judiciais ou quase-judiciais, recai sobre a União¹⁷⁹.

Tal situação impõe um desafio à forma federativa que o Estado brasileiro possui, vez que a União “ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não é responsável em âmbito nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação”¹⁸⁰.

Como bem observa Ela Wiecko Volkmer de Castilho, o Estado brasileiro reconhece a inaplicabilidade do princípio da não-ingerência em assuntos internos em matéria de direitos humanos, de modo que se torna irrelevante opor-se ao cumprimento de decisões advindas de órgãos internacionais alegando que o ente federal não realizou quaisquer atos que importaram em violações de direitos humanos, os quais teriam sido praticados por governos estaduais e/ou municipais¹⁸¹.

Conforme dispõe o artigo 109, §5º da Constituição da República, o Procurador-Geral da República poderá suscitar incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, de inquérito ou processo que trate de graves violações de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento obrigações decorrentes de tratados internacionais.

Da exegese do dispositivo, extraem-se três requisitos necessários para a instauração do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), os quais devem ser interpretados de forma restritiva, em obediência ao princípio do juiz natural. O primeiro diz respeito à ocorrência de grave violação de direitos humanos, a qual pode ser interpretada, na linha do que os tribunais e órgãos internacionais

¹⁷⁹ Dispõe o artigo 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Artigo 28. Cláusula federal 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. 2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.”

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396.

¹⁸¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A federalização dos crimes contra os direitos humanos. In: XIX Conferência Nacional dos Advogados, 2006, Florianópolis. **Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2006.

entendem, como a existência de um padrão estrutural de violações maciças e flagrantes. O segundo requisito atine à afronta a tratado internacional de proteção aos direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro. No entanto, dada a amplitude que certos tratados sobre a matéria possuem, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, dificilmente este requisito será reconhecido como um óbice na apreciação de um determinado caso concreto. Por fim, o terceiro e último requisito está relacionado com a ineficácia ou omissão da atuação das autoridades estaduais, o qual constitui o mais controvertido dos critérios para aferir a necessidade ou não da instauração do incidente, já que compreende uma densa análise do acervo probatório acerca das medidas tomadas até então para investigar, processar e punir dada violação¹⁸².

Tal novidade fortalece a proteção dos direitos humanos a nível interno, vez que permite à jurisdição federal exercer a competente condução do caso objeto do incidente, evitando-se a indesejada responsabilidade internacional do Estado. No entanto, aponta-se a existência de certas dificuldades que podem comprometer a adequada utilização do IDC, como a interpretação restritiva na aferição dos requisitos ou a iniciativa privativa do Procurador-Geral da República para suscitar tal incidente.

Desdobradas as ações que constituem verdadeiras garantias de não-repetição no cenário brasileiro, move-se em direção na relação existente entre este eixo e o constitucionalismo contemporâneo.

3.3 DIÁLOGOS ENTRE ORDENS JURÍDICAS E A RENOVADA MISSÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Na mesma era em que a internacionalização dos direitos humanos constitui o novo paradigma jurídico de proteção à pessoa humana, o constitucionalismo também sofre importantes mudanças nos Estados que saíram de contextos autoritários e procuraram adotar novas cartas políticas que previam direitos

¹⁸² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A federalização dos crimes contra os direitos humanos. In: XIX Conferência Nacional dos Advogados, 2006, Florianópolis. **Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2006.

fundamentais suportados por garantias como a revisão judicial de leis e um amplo acesso à justiça¹⁸³.

Além dos destacados compromissos políticos assumidos na segunda metade do século XX na Europa continental, sobreleva notar as novas constituições que se delineiam na América Latina no fim da década de 1980 e início da década de 1990.

O chamado novo constitucionalismo latino-americano¹⁸⁴ notabilizou-se por sua forte imbricação com a participação popular e com a emergências de novos direitos que não possuíam tratamento semelhante em outras localidades, notadamente na seara dos direitos e garantias dos povos indígenas e comunidades tradicionais¹⁸⁵.

No entanto, ambos movimentos acabaram por dar grande espaço às teorizações sobre a parte dogmática da constituição, isto é, o catálogo de direitos fundamentais, não dando a devida atenção para a parte orgânica, a qual trata da maquinaria destinada a concretizar as aspirações contidas nos textos constitucionais. Como bem observam Roberto Gargarella, as derradeiras Constituições elaboradas na Venezuela, Equador e Bolívia, observa que tais textos constitucionais foram fecundos quanto à previsão de direitos sociais, culturais e indígenas. Entretanto, ao tratar da seara do poder propriamente dito, o Professor argentino reconhece a limitação de seu alcance, na medida em que conserva as estruturas tradicionais edificadas com base em um projeto político liberal e conservador, reconhecido historicamente por estrangular os direitos contemplados nas constituições¹⁸⁶. Assim, Gargarella explica que tais cartas falharam em realizar este “impacto cruzado”, entre a parte dogmática e a parte orgânica, de modo que novos direitos foram introduzidos em cartas que conservaram a velha estrutura de organização dos poderes¹⁸⁷.

¹⁸³ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 9-13.

¹⁸⁴ FRANCISCO, Guilherme Ozório Santander; ARAÚJO, André Carias de. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Avanços e Limitações. In: II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2015, Belo Horizonte. **O Futuro do Constitucionalismo: A Construção da Democracia Constitucional**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 1. p. 43-46.

¹⁸⁵ ASSIS, Fábio José Silva de; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 11, p. 1162-1190, 2016.

¹⁸⁶ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. CEPAL, Santiago de Chile, nov./2009. p. 10-11.

¹⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism: the engine room of the Constitution (1810-2010)**. New York: Oxford University Press, 2013. p. 201.

As garantias de não-repetição, que podem possuir assento em normas de caráter constitucional ou internacional, destinam-se a escancarar esse diagnóstico, forçando o constitucionalismo contemporâneo a repensar certos dogmas e práticas que por muito caracterizaram os processos constituintes. Com a devida atenção aos processos localizados em que os direitos fundamentais são violados, nasce o dever de promover as respectivas salvaguardas a nível institucional para remediar a problemática, orientando uma perspectiva preventiva em relação aos atos que podem importar em transgressões ao patrimônio jurídico dos indivíduos.

Um primeiro passo nesta direção é dado com a abertura do sistema jurídico pátrio a outras ordens normativas, de modo a estabelecer conversações com elas, aprendendo como experiências semelhantes foram tratadas em outras localidades e quais meios foram empregados para tanto. No marco da internacionalização dos direitos humanos, já amplamente tratado neste trabalho, as ordens normativas internas devem abrigar cláusulas de abertura aos novos mecanismos de proteção à pessoa humana, bem como aos novos instrumentos de direitos humanos aprovados pela sociedade internacional.

A posição sufragada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343¹⁸⁸, em que assentou a natureza infraconstitucional dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, os quais possuiriam *status* supralegal, compromete sobremaneira a ocorrência destes diálogos transversais. Ao submeter tal disciplina, o Supremo Tribunal Federal acaba por minar o potencial transformativo veiculado nas normas oriundas de tratados internacionais, submetendo-as à sindicabilidade da ordem constitucional brasileira. Na conhecida tese avançada por Flávia Piovesan, o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988 estatuiu que os direitos e garantias expressos nesta carta não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o

¹⁸⁸ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico, n. 104, Brasília, DF.

Brasil seja parte, de modo que tais direitos enunciados nos instrumentos internacionais passam a compor o rol de direitos constitucionalmente garantidos¹⁸⁹.

Muito embora tal posição mostre-se adequada com os próprios termos do Direito Constitucional pátrio, bem como em relação às disciplinas do Direito Internacional Público, consoante disposição constante do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, há uma posição intermediária que efetivamente busca conciliar o regime interno com a disciplina internacional, evitando-se a solução extremada que enxerga a resposta correta em apenas um dos dois polos. De acordo com Marcelo Neves, o justo meio adviria daquilo que chama de “modelo de articulação”:

Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema mundial multicêntrico, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos. E aqui não se trata da adoção de um simples “modelo de convergência” com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e, posteriormente, com fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional no 45/2004. Muito menos, cabe o regresso a um “modelo de resistência” a partir de uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação” [“engagement model”], ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos. A alternativa absoluta “convergência ou resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas¹⁹⁰.

Assim, em uma abordagem que procura verticalizar a relação entre direito interno e Direito Internacional, ambas as ordens se mostram dispostas a colher lições e experiências distintas no enfrentamento e tratamento de questões atinentes à proteção dos direitos humanos, em suas perspectivas preventiva e repressiva. Por extensão, as conversações entre diferentes sistemas provocam uma maior reflexão sobre a eficácia dos mecanismos até então existentes, bem como o comprometimento de tais estruturas com os valores democráticos que fazem parte não apenas dos Estados, mas também da sociedade internacional.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

¹⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes: 2009. p. 263-264.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Mas é você que ama o passado
E que não vê que o novo sempre vem.
(Como Nossos Pais - Elis Regina)*

Sem a pretensão de esgotar o tema, o qual apenas recentemente recebeu a devida atenção, é possível colher certas lições apreendidas por meio do projeto avançado pela justiça transicional, sempre realizando o necessário cotejo à luz da relação entre direitos humanos e democracia.

O reestabelecimento da ordem democrática implica, necessariamente, na elaboração de uma prestação de contas com o passado autoritário, enfrentando e questionando os lamentáveis efeitos que advém do período de abuso e desrespeito às garantias mais elementares do Estado de Direito. Ainda que este enfrentamento seja praticado de forma distinta, sob diferentes graus, nas diversas nações que experimentaram os horrores que caracterizam os períodos de exceção, certamente há uma travessia a ser efetuada pela jovem democracia que vai se formando, sob pena de se engalfinhar em novos processos que pretendem minar seu potencial emancipatório.

Sob este ângulo, a justiça transicional, não pretende efetivar uma espécie de vingança, animada por uma sanha punitiva destinada a encarcerar idosos, mas realizar um movimento amplo de transformação de práticas que continuam a solapar o pálido do Estado Democrático de Direito.

Ao salientar os eixos pelos quais atua de forma concreta, percebe-se que os mecanismos implementados pela justiça de transição dirigem-se a um projeto maior do que a reparação às vítimas e a reconciliação nacional, de modo a operar profundas reformas nas instituições, reorientando suas ações, no presente e no futuro, para salvaguardar os direitos humanos e os valores democráticos.

É certo que os parâmetros delineados pela justiça de transição não configuram uma fórmula pronta e acabada, cuja observância garantirá o sucesso da empreitada, não havendo espaço para dúvidas acerca da consecução de seus objetivos¹⁹¹.

¹⁹¹ “Talvez’, é sempre preciso dizer *talvez* quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, Às regras, aos programas, às antecipações, etc.” (DERRIDA, Jacques. Força de lei. 2. ed. Trad de. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 35).

No entanto, é de consignar que o projeto desvelado por essa nova perspectiva se mostra mais hábil a carrear a transformação no plano da prevenção e repressão de violações aos direitos humanos, do que a opção pelo silêncio e pelo esquecimento impostos por acordos políticos que não rompem, de fato, com a ordem anteriormente estabelecida.

Conclui-se, portanto, apresentando a justiça de transição como uma ferramenta indispensável para a estabilização das novas ordens político-jurídico que se formam, garantindo que as instituições passem por uma filtragem democrático e, ao mesmo turno, promovendo uma cultura de direitos humanos que se caracteriza tanto pela prevenção aos abusos quanto pela repressão às violações já cometidas. Desta forma, orientando-se por uma perspectiva prospectiva, adquirida a partir das lições do passado autoritário e de seus efeitos no presente, a justiça transicional efetivamente se lança à missão de evitar a recorrência de atos de barbárie e de menosprezo ao valor intrínseco à pessoa humana. Para que nunca mais aconteça, para que nunca mais se repita.

REFERÊNCIAS

- ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil. In: REATÉGUI, Felix (org.). **Justiça de Transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011.
- ACUNHA, Fernando José Gonçalves; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, Direito e História: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, Itajaí, v. 17, n. 2, mai/ago. 2011. p. 185-205. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3967>>. Acesso em: 07 out. 2016.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human rights: texts and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ANTKOWIAK, Thomas M. An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice. **Stanford Journal of International Law**, vol. 279, 2011. p. 279-332.
- ANTONIO, Gustavo Miranda. Promoção da reconciliação nacional. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 15, n.105, fev/mai. 2013, p. 69-92.
- ARAÚJO, Eduardo Fernandes de. As ligas camponesas: justiça transicional camponesa na lei ou na marra. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.
- ASSIS, Fábio José Silva de; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 11, p. 1162-1190, 2016.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. Porque reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: uma estudo comparado à luz das experiências Americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: SEDH, 2007.

BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002**. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Relatório do Grupo de trabalho “Justiça de Transição”**: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013. Brasília: 2ª CCR, 2014. Todas as ações penais propostas pelo Ministério Público Federal estão dispostas na relação disponível em <<https://cjt.ufmg.br/index.php/ditadura-e-responsabilizacao/acoes-criminais/>>. Acesso em 31 jan. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico, n. 104, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, n. 145, Brasília, DF

CALDAS, Roberto Figueiredo. A condenação do Brasil no caso Guerrilha do Araguaia e o controle de convencionalidade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

CALHEIROS, Orlando. No tempo da guerra: algumas notas sobre as violações dos direitos dos povos indígenas e os limites da justiça de transição no Brasil? **Verdade, Justiça e Memória Re-vista**, v. 9, p. 1, 2015.

CÂMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento da injustiça: teoria, aplicação e debate**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). São Paulo. 2013. 179p. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná.

CANTON, Santiago. Leis de anistia. In: In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CASSESE, Antonio. **Nuremberg International Military Tribunal**. In: _____. (Org.). The Oxford companion to international criminal justice. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A federalização dos crimes contra os direitos humanos. In: XIX Conferência Nacional dos Advogados, 2006, Florianópolis. **Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2006.

CASTRO, Juliana Passos de; ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de. Justiça transicional: o modelo chileno. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

CINTRA, Antônio Octavio. **As comissões de verdade e reconciliação: o caso da África do Sul**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Right to truth in Americas**. Washington, D.C.: CIDH, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Paraguay**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo e Outros Vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Voto concorrente conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Jackman. Disponível em: < <http://www.p->

ge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2227caso.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso” (Aguado Alfaro e Outros) Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Radilla-Pacheco Vs. México**. Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 287. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DALLARI, Pedro; DIAS, José Carlos; CAVALCANTI FILHO, José Paulo; *et al.* Verdade, memória e reconciliação. **Folha de S. Paulo**. Opinião, São Paulo, 10 dez. 2014.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. Trad. de Leyla Perrone-Moysés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law**: the moral reading of the american Constitution. New York: Oxford University Press, 1996.

EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg legacy**: how the Nazi war crimes trials changed the course of history. Nova York: Palgrave Macmillan, 2007.

ELSTER, Jon. **Closing the books**: transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Florestan. **Poder e contrapoder na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

FIGUEIREDO, Lucas. **Lugar nenhum**: militares e civis na ocultação dos documentos da ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCISCO, Guilherme Ozório Santander; ARAÚJO, André Carias de. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Avanços e Limitações. In: II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2015, Belo Horizonte. **O Futuro do Constitucionalismo: A Construção da Democracia Constitucional**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 1.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Vivemos um momento de muita intolerância com a opinião do outro**. Estadão, 14 ago. 2016. Entrevista concedida a Julia Affonso. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/vivemos-um-momento-de-muita-intolerancia-com-a-opinioao-do-outro/>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

GAETA, Paola. **International criminalization of prohibited conduct**. In: CASSESE, Antonio (Org.). The Oxford companion to international criminal justice. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Rev. IUS**, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. p. 123-159.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. CEPAL, Santiago de Chile, nov./2009.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism: the engine room of the Constitution (1810-2010)**. New York: Oxford University Press, 2013.

GLENDON, Mary Ann. **A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. New York: Random House, 2001.

GRAYBILL, Lyn S. **Truth & reconciliation in South Africa: miracle or model?** Boulder: Lynne Rienner, 2002.

GREIFF, Pablo de. Justiça e reparações. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília. n. 3. p. 42-71.

GOLDMAN, Robert K. History and action: the inter-american human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. **Human Rights Quaterly**, v. 31, n. 4, nov/2009, p. 856-887.

GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. A restrição à jurisdição militar nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 7, n. 13, p. 75-97.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths: transitional justice and the challenge of the truth commissions**. New York: Routledge, 2011.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Teoria das elites**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2015**: Brasil. Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573> > Acesso em 03 jan. 2017.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição. Brasília: UnB, 2015.

LAMBERT, Elisabeth. La pratique recente de réparation des violations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales: plaidoyer pour la préservation d’un acquis remarquable. **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, v. 11, n. 42, abr/2000, p. 199-227.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LLEWELLYN, Jennifer. Truth commissions and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. van. **Handbook of restorative justice**. Devon: Willan Publishing, 2007.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e justiça de transição. **Quaderni Fiorentini**, Florença, vol. 44, t. 2, p. 1137-1166.

MAIA, Luciano Mariz. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. **Revista CEJ**, Brasília, v. 5, n. 14, mai/ago. 2001. p. 44-75.

MARX, Ivan Cláudio. Atuação do Ministério Público Federal na justiça transicional brasileira. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição. Brasília: UnB, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness**: facing history after genocide and mass violence. Boston: Beacon Press, 1998.

NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, jun/dez. 2005. p. 161-178.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Radical evil on trial**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. **A ditadura militar argentina 1976-1983**: do golpe de Estado à restauração democrática. São Paulo: Edusp, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do

Secretario Geral S/2004/616. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, 2009, n.1, p. 325. 320-351.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Promotion and protection of human Rights: study on the right to the truth**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/56/PDF/G0610656.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, set/dez. 2016. p. 213-231. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46712/29832>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

PERISSINOTTO, Renato. **As elites políticas**: questões de teoria e método. Curitiba: IBPEX, 2009.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal**: imunidades e anistias. Barueri: Manole, 2012.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). São Paulo. 2011. 129p. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MACHADO, Pedro Helena Pontual; BALLESTEROS, Fernanda Karina Rodriguez. O direito à verdade no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 15, n.105, fev/mai. 2013, p. 17-32.

PINTO, Mônica. The role of the Inter-American Commission and Court of Human Rights in the protection of human rights: achievements and contemporary challenges. **Human Rights Brief**, vol. 20, n. 2, p. 34-38.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 19, n.1, jan/jun. 2012. p. 67-93.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Leis de anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POWER, Samantha. **Genocídio**: a retórica americana em questão. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição**: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROJAS, Paz. **Tarda pero llega: Pinochet ante na justicia española**. Santiago: LOM Ediciones, 1998.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi. **The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: L&PM, 2007.
- RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Trad. de Ivone Fernandes Mocilho Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SANDS, Philippe. After Pinochet: the role of national courts. In: _____. (Org.). **From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia do Prado. **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos na jurisprudência do STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SCHULTE, Jan Erik. The SS as the “alibi of a nation”? Narrative continuities from the Nuremberg trials to the 1960s. In: PIRMELE, Kim C; STILLE, Alexa (Org.). **Reassessing the Nuremberg Military Tribunals: transitional justice, trial narratives and historiography**. Nova York: Berghahn Books, 2012. p. 134-135.
- SHEA, Dorothy C. **The south african truth comission: the politics of reconciliation**. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2000.
- SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. Nova York: Norton, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Transição e direito: culpa, punição, memória. In: GALLE, Helmut; SCHMIDT, Rainer. **A memória e as ciências humanas**. São Paulo: Humanitas, 2011.

SOUZA, Daniela Moura Rocha de. O Processo de Reorganização Nacional Argentina durante a ditadura de 1976. **Revista Binacional Brasil Argentina**, Vitória da Conquista, vol. 3 n. 1, jun/2014. p. 263-277

SPOONER, Mary Helen. **Soldiers in a narrow land: the Pinochet regime in Chile**. Berkeley: University of California Press, 1999.

STEINER, Henry J. **Diverse partners: non-governmental organization in the human rights movement**. Cambridge: Harvard Law School Human Rights Program, 1991.

TEITEL, Ruti. **Transitional justice**. New York: Oxford University Press, 2000

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, 2003, p. 72-73. Disponível em: <<http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,697310,en.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília/Nova York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011.

TORELLY, Marcello D. Das comissões de reparação à comissão da verdade: as contribuições dos acervos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão da Anistia para a Comissão Nacional da Verdade. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michel; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORELLY, Marcelo. Justiça de transição – origens e conceito. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

TORELLY, Marcelo D. **Governança transversal dos direitos humanos: experiências latino-americanas**. Tese de doutorado em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**: vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

TUSHNET, Mark. **Taking constitutions away from the courts**. Princeton: Princeton University Press.

VERDOOLAEGE, Annelies. **Reconciliation discourse: the case of the Truth and Reconciliation Commission**. Amsterdã: John Benjamins, 2008.

WEICHERT, Marlon Alberto. Comissões da verdade e comissões de reparação no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição**. Brasília: UnB, 2015.

ZOLO, Danilo. **La giustizia dei vincitori**: da Norimberga a Baghdad. Roma: Laterza, 2006.